Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache.

Inaugural-Dissertation,

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

ACAD. LIBRARY BERL.

von dem geprüften Rechtspraktikanten

Otto Wetzel

aus Hofheim.

Approbiert am 2. Juni 1910.

Bamberg

Gedruckt in der Handels-Druckerei

1910

41

Referent: Universitätsprofessor Dr. Oertmann.

Meinem lieben Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0117

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt. Unterschied der Zusicherung von verwandten Erscheinungen.

§ 1. Die Anpreisung 1
§ 2. Die Angabe 6
§ 3. Das Vorhandensein einer Eigenschaft als Voraussetzung des Bestands des Kaufvertrags 17

Zweiter Abschnitt. Das Wesen der Zusicherung.

Erster Unterabschnitt. Formelles.

§ 4. Die Zusicherung als Vertrag 21
§ 5. Das Verhältnis der Zusicherung zum Kaufvertrag . . . 28

Zweiter Unterabschnitt. Materielles.

1. Teil. Die typische Zusicherung.

1. Kapitel. Der Spezieskauf.

§ 6. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im allgemeinen . . 39
§ 7. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie in Anwendung auf die Zusicherung 51
§ 8. Die Zusicherung als Garantievertrag 66
§ 9. Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung 83

2. Kapitel. Der Gattungskauf.

§ 10. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im allgemeinen . . 90
§ 11. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie in Anwendung auf die Zusicherung 97
§ 12. Die Zusicherung als Garantievertrag 99
§ 13. Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung 100

2. Teil. Die atypische Zusicherung.

§ 14. Die atypische Zusicherung 106

Dritter Abschnitt. Zusammenfassung.

§ 15. Zusammenfassung 118

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.

Archiv für die Civilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, Wendt und Bülow.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht
Bd. 1 erster Teil Geschichte des Kaufs im römischen Recht 1876
Bd. 2 zweiter Teil System des Kaufs nach gemeinem Recht 1884
Bd. 3 dritter Teil erste Hälfte System des Kaufs nach gemeinem Recht 1905
zweite Hälfte System des Kaufs nach gemeinem Recht, herausgegeben von Oertmann 1908.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Küntzel, Eccius und Predari.

Blätter für Rechtsanwendung, Dr. J. A. Seufferts, herausgegeben von Kober und Engelmann.

Bucerius, Garantiezeit und Verjährungsfrist, Gruchot 51, 740.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 4. Aufl. 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. 1903 („Cosack Handelsrecht").

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache, ArchCivPrax. 78,122 („Crome Gewährleistung").

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1900 ff. (soweit nichts besonderes bemerkt ist, ist Bd. 2 zu lesen).

Crome, Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.), Recht 02, 333.

Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 1 3. Aufl. 1906, Bd. 2 3. Aufl. 1905 (soweit nichts anderes bemerkt ist, ist Bd. 2 zu lesen).

Dernburg, Pandekten Bd. 2 5. Aufl. 1897 („Dernburg Pandekten").

Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, DJZ. 03,4.

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Hamm und Heinitz.

Düringer und Hachenburg, das Handelsgesetzbuch Bd. 2 1901, Bd. 3 1905 (soweit nichts anderes bemerkt ist, ist Bd. 3 zu lesen).

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Gruchot 43,305.

V. Ehrenberg, Der Begriff des Versicherungsvertrags, LeipzZ. 07,161.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 9. Aufl. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 3. Aufl. 1908.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 1. Abteilung 4. u. 5. Aufl. 1909, Bd. 1 2. Abteilung 4. u. 5. Aufl. 1910.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Friedberg, Verhältnis der Mängelhaftung zur Erfüllung, Rostocker Dissertation 1907.
Gericke, Schuld und Haftung, Poseners Rechtslexikon Bd. 2 1909 S. 466.
Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in Encyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von Holtzendorff, in 6. Aufl. herausgegeben von Kohler, Bd. 1 1904 S. 433.
Gmelin, Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Sache? Recht 09, 768.
Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt Bd. 1 2. Aufl. 1903.
Hellbach, Mängel der verkauften Sache, Recht 05, 6.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Regelsberger und V. Ehrenberg (früher Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts).
Josef, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag 1908.
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwalt-Vereins, herausgegeben von Neumann.
Kiehl, Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskauf, besprochen an einem praktischen Fall nach den Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts und des BGB., Gruchot 42, 591.
Kipp, Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags? Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages Bd. 1 1904 S. 249.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen 1900.
Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß 9, 273.
Korn, Gibt es im geltenden Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? Recht 07, 814.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, ArchCivPrax. 101, 1.
Laband, Das neueste Heft der Entscheidungen des RG. in Zivilsachen (Bd. 51 Heft 2), DJZ. 03, 68.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jäger und Könige („LeipzZ.").
Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, ArchCivPrax. 79, 103.
Materialien zum BGB., amtliche Ausgabe.
Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandelung noch gefordert werden? Recht 02, 541.
Müller, Die gemischte Schenkung, IheringsJ. 48, 209.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1 5. Aufl. 1909.
Neumann, Zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde, Gruchot 45, 503.
Nowicki, Wieweit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern? Erlanger Dissertation 1907.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch allgemeiner Teil 2. Aufl. des Kommentars von Gareis 1908. [1]
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906. [1]
Oertmann, Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Sache? Recht 09, 801.
Oertmann, Sachmängel und Abnahmepflicht, Recht 09, 617 („Oertmann Abnahmepflicht").
Oertmann, Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache, Recht 08, 345.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 3. Aufl. 1903 ff. [1]
Pützler, Zur Anwendung der §§ 517, 518 und 780 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, JW. 01, 387.
Recht, Das, herausgegeben von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Die, auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann („ROLG.").
Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen? JheringsJ. 48, 453.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen Bd. 2 1903.
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
Scheer, Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf, Rostocker Dissertation 1904.
Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1903.
Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels nach deutschem Gesetze 1899.
Schneider, Zusicherung beim Kauf, Recht 03, 522.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, JheringsJ. 49, 93.
Schroeder, Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Hallenser Dissertation 1903.
Seufferts, J. A., Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von Schütt.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JheringsJ. 50,55.
Stamm, Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipziger Dissertation 1902.
Stammler, Der Garantievertrag, ArchCivPrax. 69, 1.
Staub, Der 53. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ. 03, 388.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 2 8. Aufl. 1907.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze 3./4. Aufl. 1907 ff. [1]
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr, JheringsJ. 33, 299.
Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? ArchBürgR. 31, 1.

[1] In den Zitaten ist die Angabe des Bandes unterlassen, weil nach den Paragraphen des Gesetzbuchs zitiert ist.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 9. Aufl. 1906, bearbeitet von Kipp.
Wolff, Sachmängel beim Kauf, JheringsJ. 56, 1.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von von der Pforbten („ZRechtspfl.").
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, herausgegeben von Lobe.

Die von dem 27. Deutschen Juristentag vorgeschlagenen Abkürzungen sind gebraucht; im übrigen ist die Literatur unter den im vorstehenden Verzeichnis angeführten Abkürzungen und sonst nur mit dem Namen der Verfasser zitiert; nur bei kleineren Aufsätzen ist der Fundort beigefügt.

Die Zitate von Gesetzesparagraphen beziehen sich, wo nichts anderes bemerkt ist, auf das bürgerliche Gesetzbuch; nur bei Zitaten aus Staubs Kommentar sind die Paragraphen des Handelsgesetzbuchs zu lesen. —

Erster Abschnitt. Unterschied der Zusicherung von verwandten Erscheinungen.

§ 1. Die Anpreisung.

I. Erklärungen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache. — II. Das Wesen der Anpreisung. — III. Die Rechtswirkungen der Anpreisung. —

I. Beim Abschluß von Kaufverträgen pflegen nach der Erfahrung des täglichen Lebens die Verkäufer viele Erklärungen abzugeben, die sich auf die Eigenschaften, besser die Beschaffenheit der Kaufsache beziehen. Dies kann so geschehen, daß die Verkäufer spontan in dieser Art sich äußern oder daß sie Anfragen der Käufer ausdrücklich oder stillschweigend bejahend beantworten.

Unter diese Erklärungen kann man die Übernahme der Gewährleistung (§ 492) rechnen, wennschon sich diese in der Erklärung, das Tier habe eine gewisse Eigenschaft, nicht erschöpft, ihr Tatbestand vielmehr die Erklärung des Verkäufers erfordert, er wolle für die betreffende Eigenschaft einstehen, wie für einen Hauptmangel. Vor allem aber gehört hierher die Zusicherung, von der das Bürgerliche Gesetzbuch vorzugsweise in den §§ 459 Abs. 2[1], 463, 480 Abs. 2, dann aber auch in den §§ 460 Satz 2, 468, 477 Abs. 1 Satz 1, 490 Abs. 1 Satz 1, 492 spricht. Andere Erklärungen dieser Art erwähnt das Gesetz nicht.

---

[1] Vgl. aber Wolff (S. 49), der den in dieser Gesetzesstelle gebrauchten Ausdruck „zugesicherte Eigenschaften" im Sinn von zugesicherte + angegebene Eigenschaften auffaßt; dagegen § 2 IV.

II. Dennoch ist es communis opinio in Theorie und Praxis, daß es auch solche gibt. Im Anschluß an die Stelle l. 19 pr. D. 21,1 hat man schon für das gemeine Recht unterschieden zwischen ernstlich gemeinten Zusagen und bloßen Anpreisungen, die für den Käufer als unverbindlich erkennbar sind (Bechmann 3 § 352 I 1); jene Stelle handelt von solchen Erklärungen des Verkäufers, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit ‚frugi probum dicto audientem'; derlei Äußerungen dienten nur zur Empfehlung der Kaufsache und erzeugten keine Ansprüche des Käufers. Anpreisungen zum Zweck der Empfehlung hält auch Windscheid-Kipp § 393 Note 2 für unverbindlich. Ähnlich Stamm S. 9 (allgemeine Anpreisungen zu dem Zweck, das Publikum zum Kaufe anzuregen) und Dernburg Pand. § 100 (vage Anpreisungen, die im Verkehr allgemein nur als Redensarten betrachtet werden). Dieselbe Unterscheidung wie im gemeinen Recht findet sich denn auch vielfach, wennschon in verschiedener Formulierung in den Kommentaren, Lehrbüchern und der sonstigen Literatur des neuen Rechts; vgl. Planck Anm. 2a zu § 459 (im Verkehr übliche, nicht ernst zu nehmende Anpreisung), Staudinger Anm. IV 2 zu § 459 (allgemeine Anpreisungen, wie solche im Verkehr üblich sind, erlaubte Reklamen), Staub Anm. 41 zu § 377 (Anpreisungen allgemeiner Art, die der Käufer als solche erkennen konnte), ähnlich auch Anm. 3 zu § 360, Düringer-Hachenburg S. 129 (allgemeine (vage) Anpreisungen), Crome § 221 bei Note 25 (vage, verkehrsübliche und ohne den Anspruch der Glaubwürdigkeit auftretende Anpreisungen), ähnlich Recht 02,333, Cosack § 128 I 1 f (die Zusicherung müsse erkennbar in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben sein; unwirksam seien Erklärungen, mit denen der Verkäufer nicht ernst genommen werden will), Kloß S. 275 (in rechtsgeschäftlicher, verbindlicher Absicht abgegebene Erklärung), Friedberg S. 23 (in bindender Form abgegebene Erklärung), Schroeder S. 121 (in rechtsverbindlicher Absicht abgegebenes Gewährleistungsversprechen); wohl auch Oertmann Anm. 5 zu § 459. Auch der Rechtsprechung ist die Unterscheidung von Zusicherung und Anpreisung wohl bekannt, vgl. RG. 52,3 (leere und als solche dem Käufer erkennbare Anpreisungen), JW. 02 Beil. S. 239 Nr. 121 (allgemeine, im Verkehr übliche, nicht verpflichtende Anpreisung), Recht 08 Beil. 2, 655 Nr. 3572 (Übergang der Anpreisung in ein Urteil (§ 2 I)), OLG. Jena

Recht 02, 613 Nr. 2785, OLG. Oldenburg Recht 07, 508 Nr. 1008.

Für die Theorie wird sich die Notwendigkeit ergeben, diese Fälle bestimmt gegenüber denen der Zusicherung abzugrenzen und den Rechtsgrund ihrer Ausscheidung zu finden.

Daß es sich um Anpreisungen handelt, d. h. um Erklärungen, welche die Sache loben oder empfehlen, welche zum Kauf anregen wollen, würde die rechtliche Bedeutungslosigkeit dieser Erklärungen, die die ganze Literatur voraussetzt, nicht bedingen; dieser Zweck würde nicht ausschließen, daß sowohl der Verkäufer als der Käufer die gesetzlichen Folgen einer echten Zusicherung im Auge hätte; man denke etwa an die Erklärung, ein zum Verkauf gestelltes Pferd sei zugfest. Ebensowenig kann die von manchen Schriftstellern betonte Verkehrsüblichkeit entscheiden, da ja auch Zusicherungen verkehrsüblich sein können. Das Kriterium der Allgemeinheit oder Unbestimmtheit der gebrauchten Ausdrücke führt darauf, daß nach der Ansicht einiger überhaupt allgemeine Zusicherungen als unverbindlich zu erachten sind, daß also die Bestimmtheit der Eigenschaft [2] zur rechtsverbindlichen Zusicherung verlangt wird (so Staub Anm. 21 zu § 357, Kloß S. 275, Bucerius S. 749 (Garantie für gutes Material, guten Gang einer Maschine ist keine Zusicherung!)); danach würde sich freilich die rechtliche Bedeutungslosigkeit wenn nicht aller, so doch der meisten Anpreisungen zwanglos erklären. Allein diese Ansicht findet im Gesetz keine Stütze; es ist gar nicht einzusehen, warum nicht ganz allgemein die Fehlerlosigkeit, die Primaqualität, die Erstklassigkeit einer Ware sollte zugesichert werden können, warum der Verkäufer nicht sollte garantieren können, daß es in ganz Nürnberg keine bessere Ware gibt, u. dgl. Auch die Rechtsprechung weist Beispiele von solchen allgemein gehaltenen Zusicherungen auf, so RG. SeuffA. 58 Nr. 4 (Zusicherung völliger Gesundheit verkaufter Pferde), RG. 52, 352 (Durchschnittsqualität der Ernte von 1900), Recht 09 Beil. Nr. 3045 („ca."), Dresden ROLG. 11,139 (für Fleischer konkurrenzloser Laden); vgl. ferner Planck Anm. 1a β zu § 492, wo die Möglichkeit eines ganz allgemein gehaltenen Versprechens, für alle Fehler einstehen zu wollen, zugegeben wird. Auch dieses Erklärungsprinzip versagt also. So bleiben nur noch die verschiedenen Formulierungen, daß

[2] im Gegensatz zur Bestimmtheit der Erklärung! s. § 2 III.

die Erklärung nicht mit dem Anspruch der Glaubwürdigkeit auftrete, nicht ernst genommen werden wolle, daß sie nicht in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben sei, und insbesondere, daß der Mangel des rechtsgeschäftlichen Bindungswillens dem Käufer erkennbar sei; diese Umstände machten die Anpreisung unverbindlich und unterschieden sie von der Zusicherung.

Der Gedanke, der diesen Erklärungsversuchen zu Grunde liegt, wird sich dadurch den gesetzlichen Vorschriften eingliedern lassen, daß man sagt, diejenige Erklärung des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache hat keine rechtliche Wirkung, die nicht ernstlich gemeint ist und in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118). Dieser Konstruktion der unverbindlichen Anpreisung scheinen sich auch die Motive (2,225) anzuschließen, wenn sie betonen, daß die Zusicherung eine ernste sein müsse. Erklärungen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache können also unter § 118 fallen; die Aufstellung eines besonderen Rechtssatzes hierüber erübrigt sich. Man hat damit neben den Fällen des joci oder demonstrandi causa Gesagten und ähnlichen noch einen weiteren Anwendungsfall des § 118; übrigens erwähnt Staudinger (Anm. 1 zu § 118) schon Erklärungen zu Zwecken der Reklame. Unrichtig ist es nach dem Gesagten, wenn Stamm (S. 11) getrennt von den Anpreisungen noch die nicht ernstlichen Zusicherungen, von denen die Anpreisungen doch nur eine Gruppe sind, behandelt.

Für die Unverbindlichkeit der Anpreisung kommt es, wie der Wortlaut des, wie bekannt, überaus sorgfältig redigierten Gesetzbuchs ergibt, darauf keineswegs an, ob die Erwartung des Verkäufers oder der Mangel der Ernstlichkeit aus den Umständen erkennbar war (Planck, Staudinger Anm. 2, Oertmann Anm. 3a zu § 118), ob also der Käufer die Erklärung ernst nehmen durfte oder nicht.

Übrigens wird man unbedenklich die praesumtio facti aufstellen können, daß insbesondere allgemein gehaltene[3] oder unwahrscheinliche Anpreisungen, wie sie im Verkehr üblich sind, um Kunden anzulocken, vom Verkäufer nicht ernstlich gemeint

---

[3] So erklärt Bucerius (S. 752) mit Recht Redensarten wie: „Wir übernehmen für die Ware jede Garantie" für bedeutungslos. Vgl. ferner über allgemein gehaltene Garantieerklärungen § 14 IV.

sind. Erleichtert wird die Ausscheidung der unverbindlichen Anpreisungen noch dadurch, daß diese vielfach vor Beginn der Verhandlungen mit dem einzelnen Käufer, z. B. in Annoncen, Katalogen, Prospekten dem großen Publikum gegenüber abgegeben sein werden; in diesem Fall wird sich aus allgemeinen Prinzipien ergeben, daß sie für den Vertrag unerheblich sind, sofern nicht auf sie bei den Verhandlungen Bezug genommen ist (so Staub Anm. 13 im Exk. zu § 361 („im Hinblick auf sie"), Hamburg ROLG. 16,401, RG. 62,300 (nach dem vorgelegten Preisverzeichnisse bestellte Radiatoren); vgl. auch Düringer-Hachenburg S. 7, der Bestimmungen, die dem Verkäufer ungünstig sind, anscheinend unbedingt gegen ihn gelten lassen will). Auch die während der Kaufsverhandlungen erfolgten Anpreisungen werden in jenen Fällen wenigstens einer Analyse nicht bedürfen, in denen am Schlusse der Beredungen eine schriftliche Zusammenfassung des Vertragsinhalts stattgefunden hat; wird hier die Erklärung nicht aufgenommen, so ist sie zunächst als unerheblich zu erachten, denn die Urkunde hat die Vermutung der Vollständigkeit für sich (Staub Anm. 59 zu § 350, RG. 52, 25, SeuffA. 59, 267, JW. 03 Beil. S. 124 Nr. 274).

III. Von der Frage, ob die Anpreisung einen unlauteren Wettbewerb bedeuten oder etwa nach § 826 oder nach anderen Bestimmungen Schadensersatzansprüche begründen kann, ist hier abzusehen. Als Rechsgeschäft ist sie jedenfalls unverbindlich (§ 118). Aber nach § 122 Abs. 1 kann aus der Anpreisung ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses für den Käufer entstehen. In vielen Fällen wird dieser Anspruch allerdings dadurch ausgeschlossen sein, daß der Käufer die Richtigkeit kennen mußte (§ 122 Abs. 2); er mußte annehmen, daß ein vernünftiger Verkäufer so weitgehende, unwahrscheinliche, allgemeine Zusicherungen im Ernst nicht mache. Ist der Schadensersatzanspruch aber ausnahmsweise gegeben, so wird er sich nicht auf den Ersatz des Schadens beschränken, den der Käufer durch das Vertrauen auf die Giltigkeit gerade der Anpreisung erlitten hat, sondern er wird auch den Schaden umfassen, den der Käufer durch das Vertrauen auf die Giltigkeit des ganzen, gemäß § 139 ebenfalls nichtigen Kaufvertrags erlitten hat, denn die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags ist ja einzig die Folge

der Unverbindlichkeit der Anpreisung. Übrigens wird in nicht wenigen Fällen anzunehmen sein, daß die Parteien den Kauf auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten (§ 139); vom Verkäufer wird man das stets sagen können, da er ja ohne Übernahme einer Verpflichtung aus seiner nicht ernstlich gemeinten Erklärung abschließen wollte, und wenn der Käufer den Vertrag als giltig behandelt wissen und auf seine etwaigen Rechte aus der Erklärung des Verkäufers verzichten will, so ist die Annahme gewiß gerechtfertigt, daß er schon zur Zeit des Vertragsschlusses — worauf es naturgemäß allein ankommt — kein Gewicht auf die Erklärung gelegt hat. In diesen Fällen ist also einfach die Anpreisung als nicht abgegeben zu erachten; ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Käufer durch das Vertrauen auf die Giltigkeit gerade der Erklärung des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache erlitten hat, wird schwer zu konstruieren sein; überdies wäre seine Geltendmachung mit der vom Käufer behaupteten Unerheblichkeit der Erklärung für den Vertragsabschluß kaum vereinbar. S. noch § 5 II.

§ 2. Die Angabe.

I. Angaben unter Vorbehalt. — II. Gradunterschiede in der Gruppe der vorbehaltslosen Angaben. — III. Formulierung des Unterschieds zwischen der vorbehaltslosen Angabe im engeren Sinn und der Zusicherung. — IV. Die Rechtswirkungen der vorbehaltslosen Angabe im engeren Sinn. —

I. Auch nach Ausscheidung der Anpreisung sind nicht alle noch übrigbleibenden Erklärungen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache als Zusicherungen zu erachten.

Ohne weiteres ergibt sich das bezüglich solcher tatsächlicher Angaben, die der Verkäufer mit dem Vorbehalt der Unrichtigkeit macht. Er erklärt etwa, soweit er wisse, sei das verkaufte Pferd immer gesund gewesen, oder, das Pferd sei tadellos zugeritten, doch könne er dafür keine Haftung übernehmen. Unter Umständen kann ein solcher Vorbehalt nach der Verkehrssitte (§§ 133, 157) sogar stillschweigend erklärt sein, wenn nämlich derlei Angaben vernünftigerweise nicht als vorbehaltslos gemacht erachtet werden können, wenn nach den Umständen ein Vorbehalt so selbstverständlich ist,

daß man nicht nötig hat, ihn noch besonders auszusprechen, so etwa bei den Angaben eines Apothekers über die Heilkraft eines eben eingeführten neuen Mittels (vgl. Cosack § 128 I 1 f; s. auch OLG. Frankfurt Recht 08 Beil. 2, 262 Nr. 1525 (eine allgemeine Übung im Kunsthandel besteht nicht, dahingehend, daß bei Bildern, die als Werke berühmter Künstler, aber ohne ausdrückliche Garantieübernahme und zu erheblich geringeren Preisen, als wenn Garantie geleistet worden wäre, verkauft werden, für die Echtheit nicht gehaftet wird)). Solche Angaben sind durchaus ernstlich gemeint, aber sie sind nur berichtender Art; durch den Vorbehalt wird es dem Käufer unmöglich gemacht, rechtliche Folgerungen aus dem Nichtzutreffen der Angabe zu ziehen. So auch RG. JW. 99,506 Nr. 69 in einem französisch-rechtlichen Fall (Mitteilung nicht als eine Tatsache, sondern lediglich in dem Sinn, Beklagte habe von anderen Personen Mitteilungen erhalten, aus welchen der Schluß auf die Tatsache gezogen werden könne); vgl. auch RG. JW. 05,530 Nr. 9 (Angabe der grundbuchmäßigen Größe eines Grundstücks ist noch keine Zusicherung).

Ganz ähnlich liegt die Sache, wenn die Erklärungen des Verkäufers sich ersichtlich als *Urteile* geben, die nur als Meinungsausdruck ohne Verpflichtungswillen, nicht als Behauptung einer Tatsache auftreten (Staudinger Anm. IV 1 b zu zu § 459, Staub Anm. 42 zu § 377: unverbindliche Schätzungen über den Ertrag eines verkauften Anwesens oder Geschäfts; Düringer-Hachenburg S. 131, RG. JW. 08,477 Nr. 5: Verkauf eines bestimmten Vorrats Weißgußasche unter der bloßen, zur Bestimmung der Vorauszahlung dienenden Schätzung, es seien ca. 20 t, Gruchot 53,957: Ausdruck der Überzeugung des Verkäufers ohne Verpflichtungswillen). In dem Urteil liegt sozusagen begrifflich der Vorbehalt der Unrichtigkeit; die Äußerung des Verkäufers steht einem Rat oder einer Empfehlung gleich (§ 676; vgl. Düringer-Hachenburg 2,229); auch unter diesem Gesichtspunkt wird sich nur ausnahmsweise eine Haftung des Verkäufers ergeben (vgl. RG. JW. 1910, 183 Nr. 6). Auch in den Fällen, wo solche Urteile und Schätzungen in Frage kommen, wird es gegen die Annahme einer Zusicherung sprechen, wenn die Erklärung in unbestimmter Form abgegeben ist (vgl. § 1 II a. E.), wenn z. B. erklärt wird, ein verkaufter individueller Vorrat enthalte „ca. 20 t“ (RG. JW. 08, 477 Nr. 5).

II. Die Zusicherung erscheint im Leben normal in der Form, daß der Verkäufer auf die Frage des Käufers erklärt: Ja, die Sache hat diese Eigenschaft, Sie können sich darauf verlassen, oder: Ich garantiere Ihnen dafür, oder auch so, daß der Verkäufer unaufgefordert erklärt: Hier habe ich eine echte Sèvres-Vase — u. dgl. In diesen Fällen ist der Verkäufer sich darüber klar, daß er eine weitgehende Haftung für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft übernimmt, daß der Käufer das Recht haben soll, unbedingt mit der Richtigkeit der Zusicherung zu rechnen und danach seine Dispositionen zu treffen, daß aller Schaden, der dem Käufer aus der Unrichtigkeit der Zusicherung etwa erwachsen könnte, vom Verkäufer zu tragen sein würde.

Diesen Fällen stehen aber andere gegenüber, in denen der Sache, ohne daß derartige Beteuerungen gemacht oder die Wirkung der völligen Schadloshaltung des Käufers beabsichtigt würde, gewisse Eigenschaften einfach beigelegt werden. Dies kann so geschehen, daß der Verkäufer während der Veredungen mehr gesprächsweise Erklärungen abgibt; der Käufer wünscht etwa eine Vase zu kaufen, der Verkäufer zeigt ihm mehrere, darunter eine, die er als eine Sèvres-Vase bezeichnet; oder der Kauflustige erklärt, er habe Bedenken wegen der Sicherheit der zu erwerbenden Hypothek, der Verkäufer beruhigt ihn: Die Hypothek ist gut. Gewisse Eigenschaften können der Sache aber auch in der Form beigelegt werden — und dieser Fall ist ganz besonders praktisch —, daß der Käufer eine Sache mit gewissen Eigenschaften verlangt und der Verkäufer dann, ohne weiter etwas zu sagen, eine bestimmte Sache als die verlangte liefert. Jemand will etwa in dem Laden eines Juweliers eine goldene Kette kaufen oder jemand bestellt dänischen Saathafer, frische Eier, norwegischen Thran, einen fünfjährigen Zuchtbullen. In diesen letzteren Fällen dient die Angabe geradezu als Bezeichnung des gewünschten Kaufobjekts.

Die Frage ist nun von weittragender praktischer Bedeutung, ob auch in den Fällen der bloßen Angabe von Eigenschaften eine Zusicherung angenommen werden darf, und, wenn nein, wie die Fälle dann zu konstruieren sind. Als praktisches Postulat muß vorausgeschickt werden, daß der Verkäufer irgendwie auch für solche Angaben einzustehen hat; es ist undenkbar, daß der Käufer die Kette, wenn sie bloß vergoldet ist, den Saathafer, wenn er nicht keimfähig ist oder nicht aus Dänemark stammt, behalten muß; und auch in den anderen Fällen

entspricht es im höchsten Maß der Billigkeit, wenn der Käufer beispielsweise die Vase, die er als Sèvres-Vase gekauft hat, die aber keine Sèvres-Vase ist, zurückgeben kann (ebenso Wolff S. 48).

Für das gemeine Recht hat eine Lehrmeinung die Angaben der zuletzt bezeichneten Art, die dicta, und die Fälle zweifelloser Zusicherungen, die promissa, einander durchaus gleichgestellt; beide erzeugten nach dieser Anschauung den Anspruch auf das Interesse (Stamm S. 10, wohl auch RG. SeuffA. 40, 155); dagegen hat Dernburg (Pand. § 100, insbes. Note 14) im Falle der Angabe nur die ädilizischen Ansprüche gewährt; ebenso hält Crome (Gewährleistung S. 140) für das gemeine Recht an dem Unterschied fest, er will aber den Anspruch auf das Interesse zulassen, wenn die Angabe leichtsinnig, in unentschuldbarem Irrtum erfolgt ist; übrigens erwähnt Crome Recht 02, 333 bei seiner Darstellung des römischen Rechts den Anspruch auf das Interesse im Fall der Angabe nicht mehr.

Der erste Entwurf der bürgerlichen Gesetzbuchs handelte in seinen §§ 381, 385, die den jetzigen §§ 459, 463 inhaltlich durchaus entsprachen, von „zugesicherten Eigenschaften", ohne diesen Begriff näher zu erklären. Erst in der zweiten Kommission scheint man sich über den Begriff unterhalten zu haben. Nach den Protokollen (1, 686 ff.) war ein Antrag gestellt, wonach die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Zusicherungen nur dann eintreten sollte, wenn er wider besseres Wissen gehandelt hatte, und außerdem — wie aus der Begründung des Antrags zu entnehmen ist, wenn auch nicht aus dem vorgeschlagenen Wortlaut des Paragraphen —, wenn die Parteien bewußt die Schadensersatzfolge beabsichtigt, ein Garantieversprechen in diesem Sinn abgeschlossen hatten. Im übrigen sollte bei „Zusicherungen" nur das Recht der Wandlung und Minderung gegeben werden; die Zusicherung bedeute im Zweifel nur die Übernahme der Haftung, wie wenn der Mangel schon kraft Gesetzes zu vertreten wäre. Die Kommission hat diesen Antrag abgelehnt; bei Zusicherungen sollte immer der Schadensersatzanspruch gegeben werden; die Unterscheidung zwischen der einfachen Zusicherung und der qualifizierten Zusicherung, der Garantieübernahme, führe zu Schwierigkeiten. Nun ist das Garantieversprechen offenbar identisch mit den oben zuerst angeführten Fällen; die einfache Zusicherung, bei der nach dem Willen der Kommission ebenfalls die Schadens-

ersatzpflicht bestehen sollte, kann also nicht wohl anders aufgefaßt werden, denn als Angabe im Sinne der oben an zweiter Stelle angeführten Beispiele. Nach Ansicht der Kommission sollte also „Zusicherung" im Sinn des § 459 Abs. 2 und des § 463 gleichmäßig „Angabe + Zusicherung im engeren Sinn" bedeuten, wie das wohl auch schon im ersten Entwurf der Fall gewesen war (Crome Gewährleistung S. 140).

Allein man kann der Kommission nicht zustimmen. Ihre Ansicht über die Bedeutung des Ausdrucks „Zusicherung", die bei dieser Gelegenheit zum Vorschein gekommen ist, bindet die Auslegung nicht; man hat sich mit ihr auseinanderzusetzen, aber man muß sich ihr nicht anschließen. Der Materialienkultus, der da und dort mit einem Wort der Kommissionsmehrheit oder der Motive die Streitfragen endgültig beantworten zu können meint, hat ja in der Theorie wenigstens einmütige Zurückweisung erfahren. Es wird sich also fragen, was der gewöhnliche Sprachgebrauch unter „Zusicherung" versteht. Das Wort enthält eine starke Bejahung und wird besonders gern dann gebraucht, wenn man etwa Zweifel, die aufgetaucht sind, entschieden zurückweist. Es muß also doch mehr darin liegen als eine bloße gelegentliche Äußerung des Verkäufers; rein sprachlich ist es ausgeschlossen, auch das dictum, nicht bloß das promissum als Zusicherung zu bezeichnen. Dies haben denn auch die Motive (2, 228) und die Denkschrift (S. 62) nicht verkannt, wenn sie die Zusicherung mit der Übernahme der Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft gleichsetzen. Mit dieser Gleichstellung ist die Bedeutung der oben erwähnten Stelle der Protokolle völlig aufgehoben; insbesondere die später abgefaßte Denkschrift hat sich den Standpunkt der zweiten Kommission nicht zu eigen gemacht.

Die Angabe ist also keine Zusicherung, ihr Nichtzutreffen begründet keine Schadensersatzpflicht. Dies ist denn auch, soweit ersichtlich, die überwiegende Meinung der Theorie und wird auch von der Praxis nicht selten anerkannt. Planck Anm. 2a zu § 459 (tatsächliche Angabe), Staudinger Anm. IV 1a zu § 459 (Zitat der Entscheidung RG. 54,223), besonders entschieden Oertmann Anm. 5 zu § 459; dann Staub Anm. 41 zu § 377, Schneider Recht 03, 522, Nowicki S. 21, Crome Recht 02, 333, Wolff S. 45; RG. 54, 223, SeuffA. 60, 7 (Angabe des Veräußerers, die Hypothek sei gut, ist noch keine

Garantieleistung, keine Zusicherung), 53,203 (Verkauf von dänischem Saathafer; die Entscheidung wird nicht darauf gestützt, daß darin eine Zusicherung liege und deshalb Schadensersatz zu leisten sei, s. Schneider a. a. O.), 70, 82 (Bezeichnung von Räumen als bewohnbar); a. M. Düringer-Hachenburg S. 130, Schroeder S. 123, Stamm S. 45, RG. 52, 352 (verkauft waren Haselnußkerne „Durchschnittsqualität der Ernte von 1900"; dies wurde ohne weiteres als zugesicherte Eigenschaft angesehen), 27, 19 (Verkauf von Mehl als Brotmehl ist nach französischem Recht Zusicherung), 62, 300 (Radiatoren, welche nicht die in dem vorgelegten Preisverzeichnis angegebene Heizfläche haben, ermangeln einer zugesicherten Eigenschaft), JW. 02 Beil. S. 239 Nr. 121 (Angabe, die Pferde seien völlig gesund, ist Zusicherung; Grenzfall!); Colmar RJLG. 8, 70, Dresden RJLG. 16, 402 (Verkauf keimfähiger Saatlupinen).

III. Der hier gemachte Unterschied zwischen der Angabe des Verkäufers, die nur die ädilizischen Ansprüche begründet, und der Zusicherung, die auch einen Schadensersatzanspruch erzeugt, wird sich vielleicht so formulieren lassen: **eine Behauptung des Verkäufers bezüglich einer Eigenschaft der Kaufsache ist dann eine Zusicherung im Sinn der §§ 459 Abs. 2, 463, 480 Abs. 2, wenn sie so bestimmt auftritt, daß die Schadensersatzfolge als dem mutmaßlichen Willen eines so Erklärenden bei Abgabe der Erklärung entsprechend angesehen werden durfte.**

Durch den Ausdruck „Behauptung" sollen die Fälle der Angabe unter Vorbehalt, insbesondere des Urteils (s. oben I) ausgeschieden werden. Im übrigen stellt die Definition ab auf die äußere Erscheinung der Erklärung; war die Bestimmtheit des Ausdrucks der schwerwiegenden Bedeutung der Schadensersatzfolge adäquat, so durfte die Äußerung nach den Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157) so aufgefaßt werden, daß damit der Ersatz des Schadens übernommen werden sollte, daß ein Einstehen für das Vorhandensein der Eigenschaft beabsichtigt war; in diesem Fall liegt also eine Zusicherung vor, andernfalls eine bloße Angabe. Der hier vertretenen Auffassung nähert sich sehr die Entscheidung des Reichsgerichts JW. 05, 530 Nr. 9; vgl. auch OLG.

Frankfurt Recht 08 Beil. 2, 262 Nr. 1527 (die verkauften Bilder wurden immer wieder in der verschiedensten Form und auf das bestimmteste, z. B. unter Hinweis auf notarielle Urkunden als Ölbilder von Menzel bezeichnet; das Gericht nimmt eine Haftung des Verkäufers für die Echtheit an, allerdings merkwürdigerweise nur nach § 459 Abs. 1).

Wie die Definition ergibt, wird für die Zusicherung nicht verlangt, daß der Erklärende sich etwa bewußt gewesen sei, eine Schadensersatzpflicht zu übernehmen,[4] sondern nur, daß ein objektiver Beurteiler die Erklärung als so bestimmt erachtet, daß der Käufer sich vor Schaden gesichert glauben durfte. Hat der Erklärende sich diese gesetzliche Folge seiner Erklärung nicht vor Augen gehalten, entsprach also sein Wille nicht seiner Erklärung, so kann er nicht etwa den Vertrag wegen Irrtums anfechten, denn er war über den Inhalt seiner Erklärung — die Sache habe sicher und verlässig diese Eigenschaft — nicht im Irrtum (§ 119), sondern nur über die Rechtsfolgen dieser Erklärung (Planck Anm. 2 a a. E. zu § 119; RG. 51, 281).

Es ist nicht zu verkennen, daß im Einzelfall für die *Auslegung* Zweifel entstehen können, ob eine Angabe oder eine Zusicherung vorliegt; allein ähnliche Zweifel, was der Parteiabsicht entspricht, werden sich auf dem Gebiet des Vertragsrechts nie vermeiden lassen; man muß die Entscheidung einfach dem freien richterlichen Ermessen anvertrauen. Eine Vermutung besteht jedenfalls zu Gunsten der Zusicherung nicht; die gegenteilige, nur auf eine gelegentliche Bemerkung der Mehrheit der zweiten Kommission gestützte Annahme Cromes (Recht 02, 333) findet keine Stütze im Gesetz. Eher läßt sich in Anlehnung an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Posen RJLG. 8, 448 (Verpflichtung, Bullen bestimmter Beschaffenheit zu liefern) — eine Entscheidung, die Oertmann Anm. 2, anscheinend auch Staudinger Anm. 1 aβ zu § 492 billigen — eine *Tatsachenvermutung zu Gunsten der Angabe, welche die weniger weitgehenden Pflichten erzeugt, aufstellen*. Vorsicht bei Annahme von Zusicherungen empfiehlt auch Schneider Recht 03, 522. Die Unterscheidung wird übrigens dadurch erleichtert werden, daß, wie die Beispiele ergeben, die Zusicherung meistens unter einer

[4] Nicht einmal für die qualifizierte Zusicherung, die die Anwendbarkeit des § 635 begründet, verlangt das Reichsgericht (58, 173 (180)), „daß die Rechtsform einer bedingten Schadensersatzverpflichtung in den Willen der Kontrahenten aufgenommen ist"!

besonderen Beteuerung (ich garantiere; die Ware ist echt; Sie können sich darauf verlassen) erklärt wird, die bei der Angabe stets fehlt. Nach denselben Gesichtspunkten werden Erklärungen des Verkäufers in Annoncen, Katalogen und Prospekten, auf Grund deren abgeschlossen worden ist, jenachdem als Angaben oder als Zusicherungen zu behandeln sein, wenn sie nicht nur Anpreisungen darstellen. S. § 1 II a. E.[5]

IV. Welche Wirkungen aber hat nun die Angabe? Das Reichsgericht 54, 223 spricht sich darüber nicht aus; es verneint nur, daß die Angabe eine Zusicherung sei, spricht ihr aber nicht, wie Wolff (S. 45) meint, jede rechtliche Bedeutung ab. Nach Wolff (S. 49), der im übrigen unserer unter II gegebenen Auslegung zustimmt und demgemäß für § 463 die Angabe ausscheidet, ist diese als Zusicherung im Sinn des § 459 Abs. 2 anzusehen. Dies scheint mir völlig unmöglich, vielmehr muß der Ausdruck Zusicherung auch im Sinn des § 459 Abs. 2 als die eigentliche Zusicherung verstanden werden. Ein Gesetz, das mit solcher Sorgfalt redigiert ist, wie das bürgerliche Gesetzbuch, kann keinesfalls in zwei ganz benachbarten, derselben Materie angehörenden Paragraphen einen und denselben Ausdruck in verschiedenem Sinne gebraucht haben, ohne irgendwo davon etwas verlauten zu lassen; auch ist es nicht richtig, daß „Zusicherung" sprachlich auch das dictum, die Angabe bedeuten kann; gerade das ist ja oben bestritten worden und gerade deshalb ist mit Wolff angenommen worden, daß das dictum nicht unter § 463 falle. Wenn Wolff den weiteren Begriff der Zusicherung im Sinne von einfacher + qualifizierter Zusicherung überhaupt neben dem engeren zulassen will,

---

[5] Der hier gemachte Unterschied zwischen Zusicherung und Angabe ist beim Werkvertrag zwar theoretisch ebenfalls festzuhalten, aber praktisch unerheblich; die Zusicherung, die dort begrifflich die gleiche Bedeutung hat wie hier (Planck Anm. 1a, Oertmann Anm. 1b β zu § 633), wird beim Werkvertrag auf den Grad einer Angabe herabgedrückt, denn nach herrschender Meinung (Planck Anm. 2a, Oertmann Anm. 1b zu § 635, RG. 58, 173 (180), 71, 173 (174); dagegen Neumann Anm. 1 zu § 635, der die Zusicherung regelmäßig genügen lassen will) genügt dort zur Begründung einer Schadensersatzpflicht (§ 635) die Zusicherung nicht, vielmehr wird eine Garantie, ein Einstehen für die Gewährung der Eigenschaft oder für den Erfolg verlangt. Der Unterschied zwischen der Angabe und Haftungsübernahme (IV) — der Zusicherung — der qualifizierten Zusicherung oder Garantie — und der „Rechtsform einer bedingten Schadensersatzverpflichtung" (RG. am zuerst a. O.) ist allerdings sehr difficil!

so muß er dies doch wohl zunächst bei § 463, an der Stelle tun, bei der die Kommission sich für diese Auslegung ausgesprochen hat; er tut es aber gerade nur bei der anderen Stelle.

Viele Fälle von Angaben werden sich unter § 459 Abs. 1 bringen lassen und dadurch zu rechtlicher Bedeutung gelangen, eine Möglichkeit, auf die Crome (Recht 02, 333) hingewiesen hat: die spontane oder vom Käufer verlangte Angabe des Verkäufers, die Sache sei zu einem bestimmten Gebrauch verwendbar, führt sehr leicht dazu, daß dieser Gebrauch ein nach dem Vertrag vorausgesetzter wird, daß die Parteien sich einigen, die Sache müsse zu dem bestimmten Gebrauch tauglich sein, womit der Verkäufer implicite die Haftung für das Vorhandensein der erforderlichen Eigenschaften übernimmt; hat die Sache dann Fehler, die die Tauglichkeit zu diesem Gebrauch aufheben oder mindern, so sind die Voraussetzungen des § 459 Abs. 1 gegeben. Wenn ich beispielsweise Saathafer bestelle, so ist die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch — zum Säen — jedenfalls nicht gegeben, wenn er nicht keimfähig ist; ähnliches gilt bei der Bestellung von Speisekartoffeln, Fabrikkartoffeln u. dgl. (s. Wolff S. 20; daselbst weitere Beispiele). Es würde in diesen Fällen der Parteiabsicht nicht entsprechen, wenn man eine Garantie der erforderlichen Eigenschaften annähme, aber die Haftung für diese Mängel entspricht ebenso der Parteiabsicht wie der Billigkeit. Unklar Wolff a. a. O. Die natürliche Auffassung des Verkehrs verlangt von dem Käufer, wenn er sich auch die Schadensersatzfolge sichern will, daß er noch eine besondere Erklärung des Verkäufers darüber extrahiert (ebenso Schneider Recht 03, 522); an sich hat er nur den Wandlungs- und den Minderungsanspruch.

Andere Fälle freilich werden sich nur schwer unter die Formel des § 459 Abs. 1 bringen lassen: einmal hindert vielfach der Begriff des Fehlers; nach der jetzt[6] vom Gesetz festgehaltenen Terminologie steht der Begriff im Gegen-

[6] § 381 des ersten Entwurfs und ebenso die von der zweiten Kommission an seine Stelle gesetzte Bestimmung (Prot. 1, 670) hatten den Ausdruck „Mangel", erst § 397 des zweiten Entwurfs, dessen Formel wörtlich dem § 459 Abs. 1 BGB. entspricht, gebraucht den Ausdruck „Fehler". Danach ist es möglich, daß der erste Entwurf den Begriff des „Mangels, welcher den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert," weiter gefaßt hat als die Formel des BGB. aufzufassen ist (vgl. Crome Gewährleistung S. 128, 129, 131)

satz zu dem Begriff Mangel, der als der weitere auch das Nichtvorhandensein von positiven Eigenschaften und Vorzügen umfaßt (Planck Anm. 1 b zu § 461, Staudinger Anm. 2 zu § 460, Oertmann Anm. 1 zu § 459, Friedberg S. 17), also abhängig ist von dem besonderen Vertragsinhalt und demgemäß als etwas Relatives bezeichnet werden kann; Fehler dagegen ist eine Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit der Ware, welche ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigt (Oertmann a. a. O., vgl. auch Kloß S. 275), also etwas Absolutes, von dem speziellen Vertragsinhalt Unabhängiges (so RG. 70, 82 (85), auch — de lege ferenda — Crome Gewährleistung S. 124 ff.). Geht man davon aus, so ist es mindestens gezwungen, wenn man sagt, eine Vase habe einen Fehler, wenn sie keine Sèvres-Vase ist, Saathafer sei fehlerhaft, wenn er nicht dänisch ist, eine Kette, wenn sie nicht golden ist (Wolff S. 21). Einengend wirkt auch, daß — abgesehen von wertmindernden Fehlern — nur solche Fehler in Betracht kommen, welche den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen (Crome Gewährleistung S. 132): wenn jemand also einen Tisch unter der Angabe, er sei aus Eichenholz, verkauft hat, der Tisch aber aus einem anderen, gleich wertvollen und ebenso brauchbaren und dauerhaften Holz besteht, so würde dem Käufer nach § 459 Abs. 1 keine Abhilfe gegeben sein. Dennoch wäre es höchst unbillig, dem Käufer hier entgegen der Abrede ein Möbel aus anderem Holz aufzudrängen; die Versagung der ädilizischen Ansprüche würde auch ein nicht gewinnsüchtiger Käufer jenes Tisches als unbillig empfinden, und der redliche Verkäufer, der erklärt hat, der Tisch sei aus Eichenholz, wird sich nicht weiter dagegen wehren, wenn er ihn — worin doch praktisch die ädilizischen Klagen gipfeln— zurücknehmen muß; beide Parteien werden eine solche Entscheidung des Richters als ihren Intentionen beim Geschäftsabschluß entsprechend anerkennen müssen.

Man kann, um zu diesem Ergebnis zu kommen, in solchen Fällen helfen mit der von Wolff S. 15 ff., 34 eingehend verfochtenen Erweiterung der Formel des § 459 Abs. 1; indes, so beachtenswert die Ausführungen Wolffs de lege ferenda sein mögen, so sind sie gegenüber dem positiven Gesetzeswort eben doch nicht mehr ein interpretari, sondern ein corrigere jus, das der Theorie sowenig zusteht, wie dem Richter, wenn nicht ganz zwingende Gründe gegeben sind. Einfacher und natürlicher und der mutmaßlichen Parteiabsicht entsprechender dürfte

es sein, in unseren Fällen eine vertragsmäßige Haftungsübernahme für die betreffende Eigenschaft nach Art der vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Übernahme der Haftung für an sich nicht zu vertretende Fehler beim Viehkauf anzunehmen (§ 492: „Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung . . ."). Diese Haftungsübernahme, von der im § 7 IV 1 a noch eingehend zu handeln sein wird, hat keine Schadensersatzfolge; sie ist strengstens zu scheiden von der Zusicherung, der Garantieübernahme (Planck Anm. 1 a β, Staudinger Anm. 1 a β γ, Oertmann Anm. 2 a zu § 492); wenn Wolff (S. 49) diese Übernahme der Gewährleistung mit der qualifizierten Zusicherung, der Garantieübernahme zusammenstellt, so ist das ein offenbares Versehen.

Die zuletzt vorgeschlagene Konstruktion der Angabe ist von besonderer praktischer Wichtigkeit beim Viehkauf. Wenn der Verkäufer dem Tier eine Eigenschaft beilegt, beispielsweise ein Pferd als Reitpferd, einen Stier als Zuchtstier verkauft, so liegt eine Zusicherung nicht vor, und auch die Konstruktion als vertragsmäßige Voraussetzung eines besonderen Gebrauchs ist undurchführbar (§ 482 im Gegensatz zu § 459 Abs. 1). Dennoch würde es offensichtlich der Billigkeit aufs äußerste widerstreiten, sollte der Verkäufer von jeder Haftung frei sein. Die Einigung der Parteien über den Verwendungszweck ist als vertragsmäßige „Übernahme der Gewährleistung" dafür, daß das Pferd die zum Reiten erforderlichen Eigenschaften habe usw., zwanglos zu konstruieren. So Oertmann Anm. 4 zu § 492, Schneider Viehhandel S. 162 ff.; dagegen Planck Anm. 1 a β und Staudinger Anm. 1 a γ zu § 492. Gegen Staudinger ist zu bemerken, daß die Parteien doch ebensogut, wie sie die Haftung für einen bestimmten Fehler vereinbaren können, dies auch für eine ganze Gruppe von Fehlern — die nämlich, welche einen bestimmten Gebrauch unmöglich machen — tun können; die Konstruktion darf sich freilich nicht, was Planck und Staudinger mit Recht bekämpfen, auf § 459 Abs. 1 stützen; wenn aber dieser Fehler vermieden wird, ist sie sehr wohl mit § 482 vereinbar. Unverständlich ist Plancks Bemerkung, daß die Annahme einer solchen Haftung mit der Berücksichtigung des Gebrauchszwecks bei Festsetzung der Hauptmängel nicht vereinbar wäre; in den angegebenen Beispielsfällen gelten selbstverständlich die Vorschriften des § 1 der Kaiserlichen Verordnung; diese schließt aber doch nicht aus, daß der Verwendungszweck von den Parteien noch weiter spe-

zialisiert und dementsprechend die Haftung für weitere Fehler übernommen wird, als wären sie Hauptmängel. Selbstverständlich genügt es nicht, daß der Käufer einseitig, sei es auch mit Wissen des Verkäufers, einen bestimmten Verwendungszweck des Tieres ins Auge faßt; es muß vielmehr eine Einigung der Parteien darüber zustande gekommen sein, daß das Tier zu diesem Zweck tauglich sein solle, daß der Verkäufer das Risiko der Untauglichkeit übernehme. Ziemlich unerheblich ist es, ob man auf unsere Fälle den § 192 unmittelbar anwendet oder ob man eine nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit zugelassene besondere Abrede nach Analogie der im § 492 erwähnten Übernahme der Gewährleistung annimmt; das letztere müssen diejenigen tun, welche den Begriff des Fehlers absolut, d. h. ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit, die die Kaufsache nach dem besonderen Vertragsinhalt haben sollte, auffassen; für sie ist es kein „Fehler" eines Pferds, wenn es kein Reitpferd ist. —

Unter Umständen kann sich übrigens bei einer Angabe, wenn sie richtig *ausgelegt* wird, ergeben, daß nicht einmal in der vorstehend bezeichneten Art für die anscheinend angegebene Eigenschaft eingestanden werden sollte, sondern daß, richtig verstanden, eine andere Eigenschaft angegeben worden ist, so in dem Fall des OLG. Stuttgart DJZ. 04, 512: die Bezeichnung einer Vase als Sèvres-Vase kann, wenn man alle Auslegungsbehelfe richtig würdigt, unter Umständen dahin aufgefaßt werden, daß der Verkäufer erklärt, es handle sich um ein Fabrikat nach Art der Sèvres-Vasen, nicht um eine echte Sèvres-Vase. Vgl. ferner OLG. Hamburg LeipzZ. 07, 359 (Saatkartoffeln).

§ 3. Das Vorhandensein einer Eigenschaft als Voraussetzung des Bestands des Kaufvertrags.

I. Bedingung. — II. Ist Bedingung oder Zusicherung gewollt? — III. Vereinbarung eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechts für den Fall eines Mangels. —

I. Der Käufer kann auf das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache so großes Gewicht legen, daß er den Kauf ohne die Eigenschaft nicht abschließen will. Dann liegt es nahe, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von dem Vorhandensein dieser Eigenschaft im Augenblick des Vertragsschlusses

oder in einem späteren Zeitpunkt, etwa dem des Gefahrübergangs, abhängig zu machen. Die Erklärung des Verkäufers, die Sache habe diese Eigenschaft, wird in solchen Fällen nicht einfach angenommen, sondern sie bildet den Anlaß zu einer neuen, anders gearteten Vereinbarung. Beispielsweise kann der Käufer den Erwerb einer Einrichtung davon abhängig machen, daß die Einrichtung einer polizeilichen Genehmigung nicht bedürfe oder diese erhalten habe, den Kauf einer Kuh davon, daß sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von dem Stier des Verkäufers trächtig sein werde; oder der Besteller kann den Vertrag über die Lieferung einer Maschine von bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit, also einen Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache (§ 651, Planck Anm. 2 e zu diesem §, RG. JW. 04, 198 Nr. 7), davon abhängig machen, daß die anzubietende Maschine einen bestimmten Nutzeffekt gebe und zwar noch eine gewisse Zeit nach der Übergabe.

Es kann sich dabei um eine echte Bedingung handeln, so in dem Fall der Kuh und der Maschine (vgl. den ähnlichen Fall des RG. 62,267: Bedingung, daß der Polizeipräsident die Genehmigung zur Anbringung der Einrichtung erteilen werde; s. auch RG. Gruchot 51,935: Möglichkeit einer auflösenden Bedingung, es müsse geschlossene Bauweise auch in Zukunft zulässig sein; RG. 52,432: Möglichkeit eines Kaufs unter der Bedingung, daß die Stadtgemeinde eine öffentliche Straße, die das Grundstück mit der bestehenden Straße verbinden würde, anlegen und damit das Terrain der Bebauung erschließen werde). Die Frage, ob eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung gewollt ist, muß durch freie Auslegung entschieden werden (Dernburg 1 § 150 III, Staudinger Anm. 3, Oertmann Anm. 1 c; dagegen Planck Anm. 5 zu § 158). Eine auflösende Bedingung wird im allgemeinen anzunehmen sein, wenn das Geschäft vollzogen werden soll, bevor die Bedingung eintreten kann; es wird kaum der Parteiabsicht entsprechen, den Käufer, dem die Sache übergeben ist, Dritten gegenüber rechtlich schutzlos zu stellen, bis die Bedingung eintreten kann; dies wäre aber bei Annahme einer aufschiebenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 der Fall (s. Dernburg Note 8 a. a. O.).

In anderen Fällen liegt eine condicio in praesens vel in praeteritum collata vor, eine Voraussetzung oder Willensbeschränkung (s. über die Zulässigkeit auch sol-

cher Bedingungen im weiteren Sinn Planck Bem. 2 d vor § 2074, Staudinger Bem. 8 f, Oertmann Bem. 2 e vor § 158, Crome § 97 Note 5, § 101 2 a und im besonderen über die Möglichkeit derartiger Voraussetzungen von Sacheigenschaften beim Kaufvertrag Stamm S. 2, Staub Anm. 46 zu § 377 und — für das gemeine Recht — Bechmann 2 § 228 III, § 241 a. E.; ferner — für das neue Recht — RG. Gruchot 53,957 (Bedingung für die Giltigkeit eines Kaufvertrags, daß der verkaufte Dampfer nicht zu breit ist, um die Schleusen, durch die er zu seinem Bestimmungsort gelangen soll, zu passieren)). Die Voraussetzung muß selbstverständlich vertragsmäßig erfolgt sein; eine einseitige Erwartung oder Willensbeschränkung des Käufers genügt nicht (RG. 24,169, JW. 07, 358 Nr. 4, 66,132).

Tritt die auflösende Bedingung ein, oder fällt die aufschiebende Bedingung aus, oder trifft die Voraussetzung des Käufers nicht zu, so ist der Vertrag unwirksam, der Käufer also aller Verpflichtungen ledig. Für eine Anfechtung wegen Irrtums ist ebensowenig Raum wie für die Anwendung der Gewährleistungsgrundsätze; diese sind dadurch verdrängt, daß eben in dem Fall, in welchem sie praktisch werden sollten, der Vertrag als nicht geschlossen gilt (Stamm S. 2). Die Unwirksamkeit tritt ein, ohne daß es einer Willenserklärung des Käufers bedürfte. Trotz dieses dem Käufer gewährten Vorteils wird dieser Weg, gewisse Eigenschaften sich zusichern zu lassen, aus dem Grund in der Praxis wenig begangen werden und auch nicht zu empfehlen sein, weil dem Käufer, wenn die Eigenschaft fehlt, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht zusteht; höchstens ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ließe sich vielleicht beim Nichtvorhandensein der Eigenschaft in analoger Anwendung des § 307 begründen: derjenige Vertragsteil, hier der Verkäufer, der beim Abschluß des Vertrags das Fehlen der Eigenschaft kannte oder kennen mußte, hätte dem nicht in gleicher Lage befindlichen Vertragsteil, hier dem Käufer, den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Möglichkeit des Vorhandenseins der Eigenschaft vertraut; der Schadensersatzanspruch dürfte jedoch niemals höher sein als das Erfüllungsinteresse. Der Gedanke des § 307, daß derjenige, welcher einen unwirksamen Vertrag schließt und dies wissen muß, dem anderen das negative Geschäftsinteresse zu ersetzen hat, trifft hier gleichfalls zu; es wäre Pflicht des Verkäufers gewesen, in diesem Fall von

dem Verkauf abzusehen. Neben dieser Beschränkung seines Schadensersatzanspruchs ist es für den Käufer auch nachteilig, daß er die Sache in keinem Fall behalten kann, wenn ihm auch durch den Minderungsanspruch mehr gedient wäre, als durch die Befreiung von seinen Vertragspflichten. Nach dem Gesagten ist es für den Käufer empfehlenswerter, sich die Eigenschaft zusichern zu lassen und dann unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrags auf Grund desselben die Mängelansprüche einschließlich des Schadensersatzanspruches geltend zu machen (a. M. Bechmann 2 § 228 III, der annimmt, daß die Bedingung bald für den Käufer, bald für den Verkäufer vorteilhafter sei).

II. Die Auslegung des Kaufvertrags wird im einzelnen Fall auf Schwierigkeiten stoßen, ob eine Bedingung vereinbart oder eine Zusicherung gegeben worden ist; eine Auslegungsregel zu Gunsten der einen oder der anderen Möglichkeit besteht nicht. Tatsächlich wird man aber im Zweifel annehmen müssen, daß eine Zusicherung vorliegt; denn die Zusicherung als das speziell für solche Fälle bestimmte Institut gleicht die Interessen beider Teile billiger aus, ist auch im Verkehr viel häufiger. Eine Zusicherung wird selbst dann vielfach anzunehmen sein, wenn die Parteien gelegentlich den Ausdruck „unter der Bedingung", „in der Voraussetzung" gebraucht haben. Wie hier Bechmann 2 § 242 (für das gemeine Recht auf Grund der Erwägung, daß für das Bestehen des Geschäfts zu präsumieren sei), Düringer-Hachenburg S. 130.

III. Die Wirkungen des Kaufgeschäfts können auch in der Art von dem Vorhandensein der Eigenschaft abhängig gemacht werden, daß der Käufer ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht haben soll, wenn die Eigenschaft fehlt (s. Bechmann 2 § 257, insbes. eingangs, Neumann Bem. IV 2 c vor §§ 459 ff.). Dieser Fall ist im Leben gewiß noch seltener als der unter I besprochene; ein Bedürfnis nach einer solchen Vereinbarung wird sich nicht ergeben, weil der Käufer bei einer Zusicherung ja auch das Wandlungsrecht hat, das im wesentlichen zu demselben Ergebnis führt wie ein vertragsmäßig begründetes Rücktrittsrecht.

Zweiter Abschnitt. Das Wesen der Zusicherung.

Erster Unterabschnitt. Formelles.

§ 4. Die Zusicherung als Vertrag.

I. Einseitige Willenserklärung oder Vertrag? — II. Die Annahme der Zusicherung. — III. Stillschweigende Zusicherung, insbesondere Verhältnis derselben zu den Fällen eines stillschweigend vorausgesetzten Gebrauchs und einer stillschweigenden Angabe; wann kann eine ausdrückliche Angabe als stillschweigende Zusicherung angesehen werden? —

I. Eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung der Pflichten aus der Zusicherung ist der rechtsgeschäftliche Wille des Verkäufers, der kraft seiner Erklärung schwerwiegende Verbindlichkeiten übernimmt. Konstruktiv läßt sich das Verhältnis in der Weise denken, daß eine einseitige, nicht annahmebedürftige Willenserklärung des Verkäufers vorliegt, daß der Rechtsgrund der entstehenden Verpflichtungen einzig der Wille des Verkäufers ohne Rücksicht auf eine etwaige Annahmeerklärung des Käufers ist. Andererseits könnte man aber auch eine Annahmeerklärung des Käufers, also einen Vertrag zwischen den Parteien zur Wirksamkeit der Zusicherung verlangen.

Für das gemeine Recht ist gelegentlich behauptet worden, daß die ausgeprägte Form des Vertrags nicht erforderlich sei, daß vielmehr einseitige Versicherungen ausreichten (Stamm S. 11); allein bewußt ist die Streitfrage, soviel ersichtlich, nicht behandelt worden. Für das neue Recht ergeben die Materialien (Motive 2,225, 228/9, Prot. 1,686 ff.) nichts; zweifelnd äußert sich Oertmann Anm. 5 zu § 459.

Die Lösung der Frage ergibt § 305: Es ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, denn das Gesetz schreibt nirgends vor, daß hier ausnahmsweise eine einseitige Willenserklärung genügen solle; insbesondere kann der Ausdruck „zugesicherte Eigenschaften“ in § 459 Abs. 2, der allerdings auf die Erklärung des Verkäufers, die Zusicherung, abstellt, als eine Vorschrift dieser Art nicht aufgefaßt werden. Aus § 305 folgt

deutlich, daß das Gesetz nur aus besonderen Gründen von dem Erfordernis eines Vertrags abgehen will und die Theorie von der allgemeinen Verbindlichkeit des einseitigen Schuldversprechens ablehnt, wie sie auch für das gemeine Recht nicht zutreffend erscheint (Windscheid-Kipp § 304, insbes. Note 12).

Man mag nun zugeben, daß auch die Ausnahmen von der Regel des § 305 (Planck Anm. 1 zu § 305, Oertmann Bem. 1 b β vor § 305) unter Umständen analoger Anwendung zugänglich sind, denn ein Rechtssatz ‚singularia non sunt extendenda' ist jedenfalls für das neue Recht nicht anzuerkennen (Crome 1 § 21 II, Enneccerus-Kipp-Wolff § 44 I 2). Auch die Motive (2,175/6) weisen auf die Möglichkeit analoger Anwendung der Ausnahmen hin; allerdings hat die Mehrheit der zweiten Kommission (Prot. 1, 447 und bes. 448) die Streichung der Worte „sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt" beschlossen und war anscheinend gegen eine analoge Anwendung der Ausnahmebestimmungen eingenommen; später aber hat sie selbst den gestrichenen Passus fast wörtlich wieder eingesetzt (Prot. 6,163/4); die gelegentlich einmal geäußerte und später wieder aufgegebene Meinung der Kommissionsmehrheit, daß Analogie nicht zulässig sei, kann also keinesfalls die Auslegung binden.

Jedenfalls aber ist nur in solchen Fällen eine analoge Anwendung der Ausnahmebestimmungen zulässig, in denen die Gründe, welche im Gesetz zur Statuierung von Ausnahmen von der Regel des § 305 geführt haben, gleichfalls vorliegen. Den Ausnahmen liegt keinesfalls der von der Minderheit der zweiten Kommission gelegentlich (Prot. 1,147) ausgesprochene Gedanke zu Grunde, daß einseitige Versprechen, die lediglich den Vorteil des Versprechensempfängers bezwecken, auch ohne besondere Annahme für verbindlich erachtet werden könnten; denn dann müßte vor allem auch das einseitige Schenkungsversprechen giltig sein, während das Gesetz hier einen Vertrag verlangt (§ 518). Vielmehr ist nur in solchen Fällen von dem Prinzip des § 305 abgewichen worden, in denen sofort eine Verpflichtung begründet werden soll, eine Annahme des Versprechens aber praktisch untunlich ist, und in solchen, wo die Verkehrssicherheit die Wirksamkeit des Versprechens auch ohne Annahme erfordert. So ist bei der Auslobung (§ 657), die nach der im Gesetz zur Anerkennung gelangten Pollizitationstheorie eine Ausnahme von der Regel des § 305 darstellt, zunächst eine Annahme des Versprechens nicht möglich, weil

ein bestimmter Gegenkontrahent fehlt, und niemand befugt ist, für das gesamte Publikum das Versprechen anzunehmen; ganz ähnlich fehlt es beim Stiftungsgeschäft, das nach der herrschenden Meinung ebenfalls eine bindende einseitige Willenserklärung darstellt oder doch enthält (Planck Anm. 1 zu § 81, Oertmann Bem. 1 b β vor § 305 und 1 b zu § 81, insbesondere β (Bewidmungsakt)), an einer Person, die das Versprechen des Stifters annehmen könnte. Bei der im Gesetz nach der Kreationstheorie geregelten Schuldverschreibung auf den Inhaber, bei welcher in dem ersten Empfänger des Papiers allerdings eine Person vorhanden ist, die das Versprechen des Ausstellers annehmen könnte, verlangt die Sicherheit des Verkehrs, daß jeder, dem eine solche Schuldverschreibung in die Hände kommt, die Leistung auch wirklich fordern kann, selbst wenn ausnahmsweise eine Begebung nicht erfolgt sein sollte (§ 794 Abs. 1); das Gesetz mußte daher hier das einseitige Schuldversprechen als bindend anerkennen. Von diesen beiden Gesichtspunkten, welche den Gesetzgeber veranlassen können, unter Umständen das einseitige Versprechen des Schuldners als bindend anzusehen, liegt hier offenbar keiner vor: um den Kauf abzuschließen, muß ein bestimmter Käufer ohnedies vorhanden sein und eine Willenserklärung abgeben; er kann also auch die Annahme der Zusicherung erklären; da ferner die Rechte des Käufers nicht zediert zu werden pflegen, kommen Rücksichten der Verkehrssicherheit wie bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber nicht in Frage. Für eine analoge Anwendung der Ausnahmen des § 305 fehlt es demnach an der eadem ratio legis.

Es bleibt also bei der Regel des § 305, daß die Zusicherung des Verkäufers vom Käufer vertragsmäßig angenommen werden muß, daß die Zusicherung ein Vertrag ist. Die Rechtsprechung stellt auch nicht selten dieses Erfordernis auf, aber nicht etwa in bewußter Ablehnung der eben bekämpften Anschauung, sondern weil sie darin den Gegensatz zu den in den §§ 1 und 2 besprochenen Erklärungen zu finden glaubt. So RG. JW. 03 Beil. S. 43 Nr. 93 (diese Entsch. mit der Bemerkung, eine außerhalb des Vertrags stehende einseitige Erklärung des Verkäufers falle nicht unter § 459 Abs. 2), S. 124 Nr. 274, DJZ. 03 S. 31 Nr. 4, 54,223, Gruchot 48,344 u. 593; ObLG. Recht 02, 395 Nr. 1862, Entsch. 3,547, OLG. Hamburg Recht 07, 697 Nr. 1422. Für die Annahme eines Vertrags erklärt

sich auch Wolff (S. 45), aber ebenfalls nicht in bewußter Stellungnahme zu der eben erörterten Zweifelsfrage. Der Unterschied zwischen der Zusicherung und der Angabe (oben § 2 II und III) kann übrigens nicht mit den hier zitierten Entscheidungen darin gefunden werden, daß die Zusicherung vertragsmäßig erfolgen müsse, die Angabe aber eine einseitige Willenserklärung darstelle, denn auch die Angabe, mag sie nun konstruiert werden als nach dem Vertrag vorausgesetzter Gebrauch gemäß § 459 Abs. 1 (Planck Anm. 1 b β ββ, Staudinger Anm. III 1 b, Oertmann Anm. 4 b β zu § 459, RG. 70, 82 (86)) oder als Haftungsübernahme, muß vertragsmäßig erfolgen, Vertragsbestandteil sein. Auch der Unterschied zwischen Zusicherung und Anpreisung liegt, wie im § 1 II darzulegen versucht wurde, auf einem ganz anderen Gebiet. Trotzdem also der in den Entscheidungen ausgesprochene Rechtssatz den Zweck verfehlt, wegen dessen er aufgestellt wurde, ist er doch als richtig anzuerkennen.

II. Die nach dem Gesagten erforderliche Annahmeerklärung des Käufers liegt darin, daß dieser nach Beendigung der Kaufsverhandlungen seinen Willen erklärt, den Kauf unter den beredeten Bedingungen abzuschließen; sein „gut, ich kaufe" umfaßt, wie alle anderen Punkte, über die die Parteien sich geeinigt haben, auch die Zusicherung, ohne daß es einer besonderen Erklärung hinsichtlich dieser während der Kaufsverhandlungen oder jetzt bedürfte.

Wird die Zusicherung gesondert, z. B. nach der Perfektion des Kaufvertrags abgegeben, so ist zu bedenken, daß durch sie ganz einseitig die Situation des Käufers verbessert wird; man wird also an die Erklärung der Annahme durch den Käufer keineswegs strenge Anforderungen zu stellen brauchen (Oertmann Anm. 5 zu § 459). Seine Annahmeerklärung wird stillschweigend erfolgen können (vgl. Planck Bem. I 1 d vor § 116); schon sein Schweigen auf die Erklärung des Verkäufers rechtfertigt den Schluß, daß er mit der Übernahme dieser Haftung durch den Verkäufer einverstanden ist: qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit. Wie bei allen den einen Kontrahenten einseitig begünstigenden Erklärungen des Gegenkontrahenten, so konnte man hier erwarten, daß der Käufer, wenn er die Zusicherung nicht annehmen wollte, die Ablehnung erkläre: loqui debuit! Wenn also der

Käufer auf die Erklärung des Verkäufers schweigt, und wenn dieses Verhalten dem Verkäufer zur Kenntnis gelangt — was ja unvermeidlich ist —, so liegt darin die stillschweigende Erklärung des Käufers, die Zusicherung anzunehmen (vgl. Planck Bem. I 2 vor § 116 und Crome 1 § 86 Nr. 3 insbes. in Note 17, OLG. Bamberg SeuffA. 57,148, bes. über den gleich zu behandelnden Unterschied von § 151). Neben dieser Möglichkeit der Annahme durch stillschweigende empfangsbedürftige Willenserklärung wird auch die Möglichkeit der Perfektion der Zusicherung durch bloße Annahme, durch unzweideutige Äußerung oder Betätigung des Annahmewillens gegeben sein (§ 151, vgl. Planck Anm. 1, Staudinger Anm. 3, Oertmann Anm. 3 zu diesem §); es läßt sich wohl sagen, daß die Verkehrssitte bei einer solcher Erklärung, die jeder Käufer annehmen wird, weil er dadurch nur gewinnen, nichts verlieren kann, eine bejahende Antwort nicht erwartet (vgl. auch RG. SeuffA. 65,133). Da aber in unserem Fall der Käufer kaum irgend eine Handlung — etwa außer der von Planck erwähnten Erklärung vor Notar oder vor Zeugen — wird vornehmen können, aus der der Wille, die Zusicherung anzunehmen, hervorgeht, so wird sich die Anwendbarkeit des § 151 wohl auf solche Fälle beschränken, in denen ein Verkaufsantrag einschließlich der Zusicherung gemacht und von dem Käufer durch einfache Annahme akzeptiert wird; in solchen Fällen ist auch die Zusicherung vertragsmäßig angenommen.

Berücksichtigt man alle diese Möglichkeiten, so wird im praktischen Endergebnis ein großer Unterschied gegenüber der oben abgelehnten Theorie von der Zusicherung als einseitiger Willenserklärung nicht zu konstatieren sein.

III. Ebenso wie die Annahmeerklärung des Käufers kann auch die Erklärung des Verkäufers stillschweigend erfolgen, sofern sie nicht etwa einer besonderen Form bedarf (§ 5 III). Freilich wird man hier mit der Annahme einer stillschweigenden Erklärung bedeutend zurückhaltender sein müssen, als bei der Erklärung des Käufers, denn der Verkäufer übernimmt mit der Zusicherung schwerwiegende Pflichten. Aber von dieser Frage abgesehen, die eigentlich theoretisch nicht faßbar ist, sondern mehr eine Frage des richterlichen Taktes darstellt, kann man nicht bestreiten, daß

die Zusicherung wie jede formfreie Willenserklärung auch stillschweigend abgegeben werden kann. Da das Gesetz diese Möglichkeit nicht ausschließt, ist nicht einzusehen, warum das, was für alle Willenserklärungen gilt, nicht auch für die Zusicherung gelten sollte. Anderer Meinung sind freilich Staudinger Anm. IV 1 a zu § 459 und Emerich S. 61; für die Zulässigkeit einer stillschweigenden Zusicherung aber haben sich ausgesprochen Planck Anm. 2 a, Oertmann Anm. 5 zu § 459, Stamm S. 13 (für das gemeine Recht), S. 46 (für das bürgerliche Recht), Staub Anm. 41 zu § 377, Düringer-Hachenburg S. 129, Schloßmann S. 53; RG. DJZ. 03, 31 Nr. 4, JW. 03 Beil. S. 43 Nr. 93; die Möglichkeit einer stillschweigenden Zusicherung, die infolge besonderer Auslegung des Vertrags im gegebenen Fall freilich verneint wurde, erkennt auch an das OLG. Stuttgart DJZ. 04, 512.

Wenn man so die Möglichkeit einer stillschweigenden Zusicherung anerkennen muß, so ist doch wohl zu unterscheiden zwischen der stillschweigenden vertragsmäßigen Voraussetzung eines bestimmten Gebrauchs, der durch einen Fehler unmöglich gemacht werden kann, und einer stillschweigenden Zusicherung. Soll man die letztere annehmen, so genügt die tatsächliche Feststellung nicht, daß die Parteien übereinstimmend der Meinung waren, die Sache müsse, um vertragsmäßig zu sein, zu einem bestimmten Gebrauch taugen, die hiezu erforderlichen Eigenschaften besitzen; es muß weiter verlangt werden, daß das Vorhandensein der Eigenschaft, wennschon stillschweigend, doch so bestimmt versichert worden ist, daß die Schadensersatzhaftung als der Erklärung entsprechend erachtet werden darf. Der Unterschied zwischen der gesetzlichen Mängelhaftung und der Haftung wegen zugesicherter Eigenschaften ist — in der Theorie wenigstens — auch hier ganz scharf festzuhalten; das Bedenken, aus dem Emerich (S. 61) die stillschweigende Zusicherung nicht zulassen will, weil sonst für jede Eigenschaft, welche die Sache haben muß, garantiert wäre, ist demgemäß nicht begründet.

Ähnlich verhält es sich mit stillschweigenden Angaben: jemand kauft etwa in einem Laden, der auf einem ausgehängten Schild als Weinhandlung bezeichnet ist, Wein und erhält nicht Traubenwein, sondern Apfelwein; jemand kauft beim Schweinemetzger Fleisch und erhält Pferdefleisch, nicht Schweinefleisch; jemand kauft in einem Goldwarenge-

schäft eine Kette, sie ist aber nicht von Gold, sondern vergoldet, oder der Stempel auf einer verkauften Briefmarke ist nachgemacht. In solchen Fällen wird man annehmen können, daß nach den Umständen der verkauften Ware die Eigenschaft als Traubenwein, Schweinefleisch, Gold, gestempelte, d. h. mit echtem Stempel versehene Marke stillschweigend beigelegt ist, sofern nicht etwa ein besonders niedriger Preis dieser Annahme widerstreitet; eine stillschweigende Zusicherung mit Schadensersatzfolge aber liegt nicht vor (vgl. Wolff S. 21, Lenel S. 103; für die Zusicherung Schloßmann S. 53). Andere Fälle, in denen weder ein stillschweigend vorausgesetzter Gebrauch noch eine stillschweigende Angabe angenommen werden kann, weil derartige besondere Umstände, wie in den eben besprochenen Fällen nicht vorliegen, wären etwa die, in denen eine Spezies für einen verhältnismäßig hohen Preis verkauft wird, der eine echte Ware, nicht eine Imitation, ein goldenes Schmuckstück, nicht ein vergoldetes, eine echte Marke von Sammlerwert, nicht einen Neudruck erwarten läßt. Solche Fälle sind nicht der Zusicherung zu unterstellen. Eine stillschweigende Zusicherung annehmen, hieße die Parteiabsicht nicht auslegen, sondern den Parteien eine Absicht, die sie nicht gehabt haben, unterlegen (Wolff S. 21; dagegen Oertmann Anm. 5 zu § 459). Ob diese Fälle wenigstens der gesetzlichen Gewährleistung zu unterstellen sind, ist zweifelhaft (dafür Wolff S. 21,24). Jedenfalls geht es nicht an, die bindende gesetzliche Formel durch eine allgemeinere zu ersetzen, wie dies Wolff tun will (s. oben § 2 IV); wendet man aber den § 459 Abs. 1 an, so wird man den Begriff des Fehlers im absoluten Sinn auffassen müssen (§ 2 IV) und ebenso den Begriff des Wertes (Düringer-Hachenburg S. 127); denn § 459 Abs. 1 macht bei Erwähnung des Wertes keinerlei Andeutung davon, daß nicht der absolute Wert dieser Sache (wenn sie fehlerlos wäre), sondern der Wert, welchen sie nach dem Vertrag, insbesondere nach dem vereinbarten Kaufpreis haben sollte, zu berücksichtigen ist. Eine solche Andeutung wäre, falls man die relative Auffassung gewollt hätte, sehr nahe gelegen, wie sie ja auch gleich nachher bei Erwähnung des Gebrauchs der Kaufsache erfolgt ist. So wird man, da die gekauften Sachen an sich weder einen Fehler haben noch minderwertig sind, zur Ablehnung von Gewährleistungsansprüchen für unsere Fälle gelangen und den Käufer auf die Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 beschränken (s. Planck

Anm. 2 a zu diesem §, Wolff S. 35 ff., insbes. S. 41). Die gegenteilige Meinung würde unbedingt dazu führen, die Preiswürdigkeit der gekauften Sache zu einem Erfordernis eines vollwirksamen Kaufvertrags zu machen: das Gesetz wollte aber gerade in diesem Punkt die Parteien völlig frei gestellt wissen, wie sich aus der Ablehnung des Rücktrittsrechts wegen laesio enormis (Mot. 2, 321) ergibt: licet invicem se circumvenire (l. 22 § 3 D. 19,2; l. 16 § 4 D. 4,4)! Auch erscheint es durchaus billig, dem Käufer, der so leichtsinnig ist, daß er nicht einmal nach dem Material der Kaufsache sich erkundigt, nur die volle Bezahlung des Kaufpreises oder den Verzicht auf seine Rechte aus dem Kaufvertrag, gegebenenfalls unter Ersatz des negativen Vertragsinteresses (§ 122), zur Wahl zu stellen: vigilantibus jura sunt scripta!

Endlich liegt auch dann keine stillschweigende Zusicherung vor, wenn der verkauften Sache eine gewisse Beschaffenheit ausdrücklich beigelegt wird, wenn sie z. B. als Saatgut bezeichnet wird. Es ist vielmehr in solchen Fällen, wie im § 2 II—IV auseinandergesetzt wurde, eine Angabe anzunehmen, die die gewöhnlichen Gewährleistungsansprüche begründet. Eine Zusicherung, bei der das entscheidende Moment, die bestimmte Behauptung, mehr oder weniger stillschweigend erklärt wäre, könnte man erst dann annehmen, wenn etwa die Ware als echtes Saatgut bezeichnet würde, oder wenn der Verkäufer, nachdem der Käufer die Keimfähigkeit der Ware bezweifelt hätte, in bestimmtem Tone erklärte: „Es ist Saatgut". Diese Erklärungen im Zusammenhang mit den begleitenden Umständen (Planck Bem. I 1 c vor § 116) sind allerdings als so bestimmte Bejahungen der betreffenden Eigenschaft anzusehen, daß die Schadensersatzpflicht der Erklärung und den Umständen adäquat ist.

§ 5. Das Verhältnis der Zusicherung zum Kaufvertrag.

I. Vertragsverbindungen. — II. Die Zusicherung als Nebenvertrag. — III. Die Form der Zusicherung. — IV. Kausalität der Zusicherung für den Abschluß des Kaufvertrags? — V. Sonstiges. —

I. Die Betrachtung des Rechtslebens zeigt, daß sehr oft einem ohne weiteres als typisch erkennbaren Vertrag besondere Abmachungen der Parteien hinzutreten, welche ihrerseits

den Tatbestand anderer, vom Gesetz geregelter oder aber unbenannter Schuldverträge erfüllen (vgl. Regelsberger, Wienstein S. 5, Staudinger Anm. 5 zum 7. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse, Anm. 8 zu § 305 und insbes. Enneccerus § 323). Diese Vertragsverbindungen können sich so vollziehen, daß eine Mehrheit von Verträgen nur äußerlich, zufällig in derselben Urkunde zusammengefaßt, bei derselben Gelegenheit abgeschlossen wird; die verschiedenen Verpflichtungen stehen mit gleicher Bedeutung für die Parteien und selbständig neben einander. Vgl. Enneccerus I 1. Jemand mietet etwa gleichzeitig ein Haus und pachtet einen Kartoffelacker (Regelsberger S. 464). Nur wenig enger sind die Beziehungen der verschiedenen Verträge zu einander in jenen Fällen, wo ein Abhängigkeits-, ein Alternativitäts- oder ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen den verschiedenen an sich selbständigen Verträgen durch den Parteiwillen hergestellt wird (Enneccerus I 2, 3; dann Enneccerus V und zu diesen doppeltypischen oder Zwitterverträgen Oertmann Anm. 3 zu § 535, Bem. 4 vor § 611). Und ganz ähnlich verhält es sich, wenn für die Übernahme unter sich verschiedener Verpflichtungen eine einheitliche Gegenleistung vereinbart wird (Kombinations- oder Zwillingsverträge, Enneccerus II).

Durch die Vertragsverbindung können aber auch neue eigenartige Vertragsgebilde entstehen, negotia mixta, Verträge mit zusammengesetztem Inhalt, gemischte Verträge; so im Fall der gemischten Schenkung, des negotium mixtum cum donatione, mindestens bei Untrennbarkeit des Gegenstands (Müller, Planck Anm. 6, Staudinger Anm. I 3 d, Oertmann Anm. 8 zu § 516, Enneccerus IV). Hier sind die beiden Bestandteile ebenfalls wesentlich gleichbedeutend, aber eng miteinander verschmolzen.

Beiden Gruppen werden die Fälle der Nebenverträge entgegenzustellen sein; hier gehen die beiden Verpflichtungen nicht — wie in dem zweiten Fall— eine innere Einheit ein; sie stehen sich selbständig gegenüber, wie in dem zuerst erwähnten Fall. Das Charakteristikum dieser Gruppe von Vertragsverbindungen ist dies, daß die eine Verpflichtung, wirtschaftlich betrachtet, der anderen untergeordnet ist, daß der Nebenvertrag dem Hauptvertrag dient (Enneccerus III).

Noch weniger bedeutsam ist die Nebenverpflichtung in jenen Fällen, wo sie sich bloß als eine besondere Ausge-

staltung des Hauptvertrags darstellt (vgl. Wienstein S. 5); so wenn etwa der Verkäufer, statt, wie im Regelfall, die Sache an den Erfüllungsort zu liefern, ausnahmsweise die Verpflichtung übernimmt, sie an einen anderen Ort zu befördern. Hier ist nicht nur die wirtschaftliche Bedeutung der Nebenverpflichtung ebenso untergeordnet wie in dem vorigen Fall, sondern es ist zugleich eine Verbindung der Nebenberedung mit dem Hauptvertrag gegeben, ähnlich wie in dem zweiten Fall, nur daß hier ein besonderes, eigenartiges Vertragsgebilde eben wegen der geringeren Bedeutung der Nebenverpflichtung nicht entsteht. Diese erscheint nur als eine Modifikation des etwa durch dispositives Recht geregelten Hauptvertrags; die Frage, um die es sich hier handelt, der Ort der Ablieferung, wäre auch ohne die Parteiberedung in irgend einem Sinn erledigt; anders im Fall des Nebenvertrags, wo eine an sich nicht geregelte Frage besonders hereingezogen wird.

Die Grenzlinien dieser verschiedenen Fälle zu untersuchen, ist hier nicht der Ort, umsoweniger, als die ganze Lehre noch in der Entwicklung begriffen und zu keinem Abschluß gelangt ist.

II. Die Zusicherung wird sich zwanglos dem an dritter Stelle erwähnten Begriff des Nebenvertrags einordnen. Es handelt sich bei ihr doch um mehr als um eine besondere Ausgestaltung des Kaufvertrags; wäre die Zusicherung nicht abgeschlossen, so würde die ihr charakteristische Wirkung der Schadensersatzpflicht eben überhaupt nicht eintreten. Die Zusicherung regelt nicht etwa eine Frage, die sich bei jedem Kauf von selbst ergibt, anders, als sie beim Stillschweigen der Parteien geregelt wäre, sondern sie bringt etwas Neues in den Vertrag hinein, von dem sonst keine Rede wäre. Es liegt also ein besonderer Vertrag neben dem Kaufvertrag, ein Nebenvertrag vor. Im Sinn der bekannten gemeinrechtlichen Terminologie stellt er ein accidentale negotii dar (vgl. Crome 1 § 77 I 2 b).

Demgegenüber hat das Reichsgericht (52,1) ausgesprochen, daß die Zusicherung nicht Gegenstand eines selbständigen Neben . . vertrags, sondern Bestandteil des über die Sache abgeschlossenen Hauptvertrags sei. Indeß kann dieser ohne Begründung vorgebrachten Auffassung schon deshalb keine weitere Bedeutung beigelegt werden, weil der vom Reichsgericht

verwendete Begriff des „selbständigen Nebenvertrags" ja nicht ohne weiteres verständlich ist. Auch vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung aus ist die Zusicherung *Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts*, das wieder in zwei Teile, den Kaufvertrag und die Zusicherung, zerfällt. Folgt die Zusicherung dem Abschluß des Kaufvertrags nach, so entsteht dieses umfassendere Rechtsgeschäft erst jetzt. An der Zulässigkeit einer solchen nachfolgenden Zusicherung kann man für das neue Recht nicht zweifeln; sie wird durch sich selbst getragen, da sie ja vertragsmäßig erfolgen muß (§ 4 I; dies gegen Stamm S. 14). Die Aufstellung dieser höheren, Haupt- und Nebenvertrag umfassenden Einheit rechtfertigt sich durch die vorhin schon hervorgehobene wirtschaftliche Zusammengehörigkeit beider Verträge (s. I Nebenverträge). Es wird nicht etwa garantiert, daß die Sache eine bestimmte Eigenschaft habe, gleichviel, ob sie verkauft ist oder nicht, sondern die Garantie wird nur im Interesse des Käufers als solchen, nur deshalb übernommen, weil die Sache verkauft ist.[1]

Der Zusammenschluß von Kaufvertrag und Zusicherung zu *einem* Rechtsgeschäft im Sinn einer wirtschaftlichen Einheit ist wichtig für die *Anwendung des § 139*. Der Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinn dieses Paragraphen darf nicht zu eng aufgefaßt werden; der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den verschiedenen Abmachungen der Parteien ist maßgebend zu berücksichtigen (vgl. Planck zu diesem §: „was sich äußerlich als ein Rechtsgeschäft darstellt" und über den Rechtsgrundsatz der „Einheitlichkeit der Verträge" RG. JW. 04,197 Nr. 5 = DJZ. 04,506 Nr. 41). Kaufvertrag und Zusicherung zusammen sind also *ein* Rechtsgeschäft im Sinn des § 139. Hieraus ergibt sich: Ist der Kaufvertrag nichtig, so entfällt stets auch die Zusicherung, denn es wird niemals anzu-

[1] Die engen Beziehungen der Zusicherung zum Kaufvertrag betont denn auch die *Rechtsprechung* sehr häufig, freilich nicht aus Interesse an der Konstruktion der Zusicherung, sondern deshalb, weil sie darin einen Gegensatz zu den „Angaben" findet; sie will damit sagen, die Zusicherung müsse angenommen sein, vertragsmäßig erfolgt sein, was freilich für die Angabe, wenn sie Rechtswirkungen haben soll, auch zutrifft (§ 4 I). Gegen die hier vertretene Theorie, wonach die Zusicherung nicht Teil des Kaufvertrags, sondern mit diesem zusammen Teil eines umfassenderen Rechtsgeschäfts mit einheitlichem wirtschaftlichen Zweck ist, nehmen die Entscheidungen bewußt jedenfalls nicht Stellung. Vgl. RG. 52,1, SeuffA. 59,267 („Teil des Kaufvertrags"), JW.03 Beil. S. 43 Nr. 93 (Bestandteil des Veräußerungsvertrags), Gruchot 48,593 (Kaufbedingungen), SeuffA. 60,7 (Teil der vertragsmäßigen Leistung), Entsch. 56,50 (Teil der Kaufsberedungen), OLG. Oldenburg Recht 07,508 Nr. 1008.

nehmen sein, daß die Zusicherung auch ohne den Kaufvertrag abgegeben worden wäre, da weder der Käufer ein Interesse daran hat, sich bezüglich der Eigenschaften einer Sache Versprechungen machen zu lassen, wenn er die Sache doch nicht bekommt, noch auch der Verkäufer derartige Verpflichtungen wird übernehmen wollen, wenn er nicht im Kaufpreis eine Entschädigung dafür gewährt erhält. Ist umgekehrt die Zusicherung nichtig, so kann auch der Kaufvertrag nichtig sein, aber dies ist nicht notwendig. Vgl. § 1 III. Es wird vielmehr im Einzelfall untersucht werden müssen, ob die Parteien beide den Kaufvertrag auch ohne die Zusicherung abgeschlossen hätten. Vom Verkäufer wird dies ohne weiteres anzunehmen sein, da er kaum jemals ein besonderes Entgelt für die Zusicherung erhalten wird — obwohl auch dies denkbar wäre —; er ist also, wenn die Zusicherung unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrags wegfällt, nur begünstigt, da er den gleichen Kaufpreis erhält, wie wenn die Zusicherung gültig wäre. Dagegen wird der Käufer sehr oft Gewicht auf die Zusicherung gelegt haben, so daß er ohne die Zusicherung den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenigstens nicht zu diesem Preis; und auch das letztere schon genügt, um den ganzen Vertrag als nichtig anzusehen. Es geht nicht an, etwa den Kaufpreis wegen der Ungiltigkeit der Zusicherung nach richterlichem Ermessen herabzusetzen und den Käufer im übrigen an dem Kaufvertrag festzuhalten (vgl. § 1 III).

III. Der Zusammenhang zwischen der Zusicherung und dem Kaufvertrag ist von besonderer Wichtigkeit dann, wenn der Kaufvertrag nach § 313 der (gerichtlichen oder) notariellen Beurkundung bedarf. Es ist die Anschauung der Praxis und auch die in der Theorie überwiegend vertretene Meinung, daß der Formzwang infolge des mehrerwähnten Zusammenhangs beider Verträge sich auch auf die Zusicherung erstreckt; so Planck Anm. 2 a zu § 459, 1 f zu § 313, Staudinger Anm. 3 zu § 313, IV 3 zu § 459, Oertmann Anm. 3 zu § 313, Crome § 221 bei Note 23, Staub Anm. 20 zu § 350, Düringer-Hachenburg S. 129, Schroeder S. 122, Eccius S. 309, Friedberg S. 25, Nowicki S. 30/1; RG. 52,1, 56,50, Recht 09 Beil. Nr. 2373, Darmstadt RDLG. 20,140 g β. Dagegen Dernburg § 184 III (die Zusicherung sei kein Vertragsbestandteil), Stamm S. 46, Schollmeyer S. 99, Laband DJZ. 03,69.

Die Lösung dieser Frage hängt wesentlich von der Interpretation des § 313 ab, die wieder mit der allgemeineren Frage im Zusammenhang steht, ob auch Nebenberedungen oder Nebenbestimmungen, die zu einem formbedürftigen Vertrag hinzutreten, dem Formzwang unterliegen (s. Planck Anm. 5 zu § 125, Cosack § 60 II). Nach § 313 bedarf „ein Vertrag", durch den der eine Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der (gerichtlichen oder) notariellen Beurkundung. Vergleicht man die Fassung des § 313 etwa mit der des § 518 Abs. 1 Satz 1, wo ausdrücklich nur die Beurkundung des Versprechens, nicht auch die der Annahmeerklärung gefordert wird, so ergibt sich für § 313 als die Auffassung des Gesetzes, daß nicht nur die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung, sondern mindestens alle die Vereinbarungen, aus denen in concreto der Kaufvertrag sich zusammensetzt, insbesondere also im Sinne der oben aufgestellten Einteilung die besonderen Ausgestaltungen des Kaufvertrags der Form bedürfen, nicht etwa nur solche Abreden, welche mit der Verpflichtung zur Übereignung in engem Zusammenhang stehen, sie erläutern, erschweren, einschränken (dies gegen Oertmann a. a. O.; auch RG. 72,2 spricht davon, daß eine Nebenabrede unmittelbar die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistungen betrifft und deshalb der Form bedarf, um freilich alsbald wieder die streitige Abrede als Teil des obligatorischen Veräußerungsgeschäfts zu bezeichnen; ähnlich 51,179; s. auch 62,411 (414): alle einzelnen wesentlichen Vertragsbestimmungen). § 313 ist also so zu verstehen: ein Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück begründet wird, bedarf seinem ganzen Inhalt nach der Form.

Schollmeyer leitet die Formlosigkeit der Zusicherung daraus her, daß durch sie — wie wir das später als für den Spezieskauf zutreffend anerkennen werden (§ 7) — nicht etwa eine Verpflichtung des Verkäufers begründet wird, die Sache mit der Eigenschaft oder die betreffende Eigenschaft zu verschaffen, sondern nur Verpflichtungen des Verkäufers, die inhaltlich und begrifflich völlig getrennt sind von der Eigentumsverschaffungspflicht; — Schollmeyer sagt irreleitend, die Zusicherung sei nicht Übernahme einer Vertragspflicht, meint aber das, was soeben ausgeführt wurde. Diese Erwägung würde nach dem eben Gesagten die Entscheidung Schollmeyers nicht zu tragen vermögen; für den Gattungskauf könnte sich Schollmeyer dieser

Beweisführung überhaupt nicht bedienen, weil die Zusicherung dort in der Tat auf das engste mit der Eigentumsübertragungspflicht zusammenhängt (§ 11).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Zusicherung allerdings nicht Bestandteil des Kaufvertrags, aber sie ist doch Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts; Kaufvertrag und Zusicherung werden von dem einen wirtschaftlichen Zweck umfaßt. Versteht man den Ausdruck „Vertrag" im § 313 in diesem weiten Sinn (so mit guter Begründung Dresden ROLG. 4,207), so ist die herrschende Auffassung, daß die Zusicherung der Form bedürfe, gerechtfertigt. Diese Anschauung dürfte denn auch große praktische Vorteile haben und deshalb als richtig anzuerkennen sein: erfahrungsgemäß geben bei Grundstückskäufen vielfach angebliche Erklärungen des Verkäufers über die Eigenschaften des Kaufobjekts den Gegenstand späteren Streits ab. Um solche Prozesse tunlichst abzuschneiden und, wenn sie sich nicht vermeiden lassen, eine sichere Grundlage für ihre Entscheidung zu haben, wird die Vermutung der Vollständigkeit, welche der notarielle Kaufvertrag für sich hat (s. die Zitate in § 1 II a. E.), und deren Widerlegung dem klagenden Käufer obliegt, doch nicht ganz genügen; dem Bedürfnis wird am besten dadurch entsprochen, daß man formlose Zusicherungen, selbst dann, wenn die Parteien sie nachweisbar noch beim Abschluß des notariellen Vertrags gewollt haben, als unwirksam erklärt; es erübrigt sich damit eine langwierige Beweiserhebung, deren Ergebnis vielfach von dem die minder gewissenhafte Partei begünstigenden Parteieid abhängen wird. Die Parteien müssen dazu erzogen werden, auch Zusicherungen notariell abzufassen; eine Erschwerung, insbesondere Verteuerung des Geschäftsabschlusses liegt darin nicht, weil der Vertrag ja ohnehin notariell verlautbart werden muß.

Freilich kann auch die Zusicherung gemäß § 313 Satz 2 konvaleszieren. In diesem Fall wird allerdings der Zweck des § 313, eine zweifelsfreie und vollständige Feststellung der Parteiberedungen zu verbürgen (Denkschrift S. 47), nicht erreicht.[2]

---

[2] Darüber, daß eine nicht notariell verlautbarte und nicht konvaleszierte Zusicherung einen Deliktsanspruch erzeugen kann, wenn sie wider besseres Wissen abgegeben worden ist, und daß dieser Anspruch dem Schadensersatzanspruch nach § 463 Satz 1 inhaltlich sehr nahe stehen kann, s. RG. 63,110. Es handelt sich um das Problem des arglistigen Verschweigens eines Mangels im Gegensatz zu der im § 463 Satz 2 geregelten Frage des arglistigen Verschweigens eines Fehlers. S. auch RG. 59, 155; 66, 335.

Von dieser Möglichkeit abgesehen ist die Wirkung der formlosen Zusicherung auf den notariellen Kaufvertrag bei Grundstückskäufen wieder nach § 139 zu beurteilen (s. oben II). Entweder ist das ganze Geschäft nichtig oder nur die Zusicherung. Eine dritte Möglichkeit, nämlich die, daß der formelle Vertrag und die formlose Zusicherung gültig sind, ist nicht gegeben; die Behauptung Cosacks (§ 60 II 2a), daß das ganze Rechtsgeschäft gültig sei, wenn die Parteien es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten, und der Formzwang — wie im gegebenen Fall — die Nebenbestimmung nur wegen ihres Zusammenhangs mit den Hauptbestimmungen umfasse, — diese Behauptung entbehrt jeder Begründung; es geht nicht an, zunächst eine Abrede für formbedürftig zu erklären, dann aber der Verletzung der Form jede Wirkung abzusprechen.

IV. In Theorie und Praxis ist gelegentlich für die Zusicherung auch noch verlangt worden, daß die Erteilung der Zusicherung den Käufer zum Abschluß des Kaufvertrags bestimmt habe, sei es zum Abschluß des Vertrags überhaupt oder doch zum Abschluß zu dem vereinbarten Preise. Auch so ist diese Anschauung formuliert worden, daß eine Zusicherung dann nicht angenommen werden könne, wenn der Verkäufer nachweise, daß der Käufer beim Vertragsschluß auf die Zusicherung kein Gewicht legte. Vgl. Oertmann Anm. 5 zu § 459 a. E. (das Erfordernis erheblich abgeschwächt), Wolff S. 31, Staub Anm. 41 zu § 377 (ohne Äußerung über die Beweislast), RG. 52,1 (die Angaben des Verkäufers müssen auf die Bestimmung des Kaufpreises Einfluß gehabt haben; es kommt namentlich darauf an, ob der Käufer aus der Zusicherung einen Schluß auf die für die Zukunft zu erwartenden Erträge bei vernünftiger Erwägung ziehen konnte), 54,219 (Zusicherung nach der unverbindlichen Willenseinigung über den Kauf eines Grundstücks und den Kaufpreis, aber vor notarieller Beurkundung; die Zusicherung sei dennoch für die Entschließung der Käuferin zum Abschluß des sie erst bindenden notariellen Kaufvertrags von Wichtigkeit gewesen), DJZ. 03, 31 Nr. 4 (der Käufer müsse seinen Kaufswillen von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig gemacht haben, ebenso Frankfurt RDLG. 9,2); nur in abgeschwächter Form stellt das Erfordernis der Kau-

salität auf RG. JW. 4,258 (die Zusicherung war nicht bloß nicht ausschlaggebend für den Kaufentschluß, sondern nicht einmal mitbestimmend).

Diese Entscheidungen sind besonders unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, daß sie ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber den verwandten Instituten, die im vorigen Abschnitt behandelt worden sind, zu gewinnen suchen. Dabei ist zuzugeben, daß die Kausalität der Zusicherung für den Vertragsabschluß ein wichtiges Argument dafür sein kann, daß die Erklärung des Verkäufers ernstlich gemeint und vom Käufer angenommen worden ist, daß also eine verbindliche Zusicherung vorliegt. Prinzipiell aber muß behauptet werden: die Kausalität kann gegeben sein, aber sie muß nicht gegeben sein; *der Beweis, daß der Käufer auf die Zusicherung kein Gewicht gelegt hat, entbindet den Verkäufer nicht von der übernommenen Vertragspflicht.*

Dies ergibt sich schon aus den §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1, 480 Abs. 2, die nichts davon sagen, daß die Rechte des Käufers nur bestehen sollen, wenn er durch die Zusicherung zum Abschluß bestimmt worden ist, und wenn nun die zugesicherte Eigenschaft fehlt. Das Reichsgericht beruft sich in der zuletzt zitierten Entscheidung darauf, daß die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums begrifflich erfordere, daß der Irrtum für den Willen des Erklärenden von Einfluß gewesen sei; allein § 119 Abs. 1 verlangt ausdrücklich Kausalität des Irrtums für die Willenserklärung: die Anfechtung wird nur gegeben, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende bei Kenntnis der Sachlage .... die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Hier aber fehlt es an einer derartigen Bestimmung. Dieser Unterschied zwischen der Behandlung der Willensmängel einerseits und der verschärften Mängelhaftung andererseits findet sich auch in dem Institut des arglistigen Verschweigens: für die Anfechtung der Willenserklärung gemäß § 123 wird Kausalität verlangt, für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 463 Satz 2, 480 Abs. 2 ist Kausalität nicht erforderlich (Staub Anm. 155 zu § 377, RG. 55, 214).

Auch die Begründung, die Wolff für seine Auffassung gibt, überzeugt nicht. Er geht davon aus, daß die Gewährleistungsansprüche gegeben werden, weil die vorausgesetzte Beschaffenheit der Kaufsache ein Motiv des Käufers gewesen ist, die Sache zu kaufen; das ist beweislos gesagt; man kann ebenso-

gut behaupten, Grund der Gewährleistungsansprüche sei, daß das Gesetz dem getäuschten Käufer nicht zumuten will, die Sache zu behalten, daß es als billig angesehen wird, den nun einmal vorhandenen Schaden der Sache dem Verkäufer zu überbürden (vgl. § 8 V). Mit der Voraussetzung Wolffs entfällt seine ganze Deduktion. Wenn der Verkäufer einer Geige erklärt, sie sei eine echte Amati, der Käufer aber darauf erwidert, das sei ihm gleichgültig, er kaufe die Geige nur wegen ihres schönen Tons, so liegt offensichtlich keine Zusicherung vor, nicht deshalb, weil die Erklärung den Käufer nicht zum Vertragsabschluß bestimmt hat, sondern deshalb, weil er durch seine Erwiderung die Annahme des Garantieversprechens abgelehnt hat (vgl. Düringer-Hachenburg S. 131); hätte der Käufer aber gesagt: „Gut" und sich dabei gedacht: „Übrigens ist mir das gleichgültig, ich kaufe die Geige nur wegen ihres prachtvollen Tones", so ist kein Grund einzusehen, warum der Käufer nicht hinterher die Ansprüche aus der Zusicherung sollte geltend machen können. Es wäre ein Privileg für die Verletzung der Vertragstreue, wenn man zur Entstehung einer Verpflichtung nicht nur die vom Gläubiger angenommene Willenserklärung des Schuldners verlangen (§ 305), sondern weiter noch den Nachweis des Schuldners zulassen wollte, daß die Verpflichtungsübernahme für den Gläubiger unwesentlich gewesen ist. Man denke etwa an den Fall, daß der Vermieter einer Wohnung sich verpflichtet, noch den Ofen reparieren zu lassen; sollte er sich dieser Verpflichtung durch den Nachweis entziehen können, daß der Mieter zum selben Preis auch ohne dieses Versprechen gemietet hätte, daß das Versprechen also für den Abschluß des Mietvertrags nicht kausal gewesen ist? Es kann sein, daß der Käufer durch dringendes Bedürfnis nach der Sache genötigt gewesen wäre, sie zu demselben Preis, den der Verkäufer fordert, zu erwerben, auch wenn die Zusicherung nicht gegeben worden wäre; das kann aber kein Grund sein, die Zusicherung, wenn sie erteilt ist, für unverbindlich zu erklären. Pactis standum est!

Kausalität der Zusicherung für den Abschluß des Kaufvertrags oder für die Bewilligung des Preises ist also in keiner Form zu verlangen (so auch Düringer-Hachenburg S. 131, Staudinger Anm. IV 1 i zu § 459, Eccius S. 312 und mit besonderer Schärfe RG. JW. 97, 177 Nr. 42 in einem landrechtlichen Fall).

Übrigens ist gelegentlich behauptet worden (Oertmann

Anm. 5 b zu § 459), daß nicht nur die körperliche Beschaffenheit der Kaufsache, sondern auch alle sonstigen Verhältnisse, welche „geeignet sind, auf den Entschluß des Käufers zum Abschluß des Geschäfts bestimmend einzuwirken", Eigenschaften der Kaufsache seien. Hiezu ist nicht Stellung zu nehmen; es ist ein Unterschied, ob erklärt wird, im einzelnen Fall müsse die Zusicherung für den Kaufsabschluß kausal gewesen sein — dies wurde hier verneint —, oder ob behauptet wird, eine Eigenschaft der Kaufsache sei nur das, was in jedem Fall, in abstracto bei Käufen bestimmend in Betracht zu kommen pflegt.

V. Andere Fragen, die mit der Zusicherung zusammenhängen, aber ihr Wesen nicht berühren, sind hier nicht zu behandeln. Hieher gehörte etwa die Feststellung, daß der Verkäufer die Zusicherung abgeben muß, und von hier aus wäre die Frage nach den Zusicherungen eines Geschäftsvermittlers (RG. JW. 04, 354 Nr. 3, Hamburg ROLG. 16, 401, Staub Anm. 47 zu § 377) oder eines von mehreren Verkäufern (RG. JW. 03 Beil. S. 124), der Einfluß der güterrechtlichen Verhältnisse auf die Zusicherung (RG. JW. 03 Beil. S. 43 Nr. 93) zu behandeln. Ebensowenig ist davon zu handeln, was zugesichert werden könne, was also als eine Eigenschaft der Kaufsache erachtet werden darf. Der Begriff der Zusicherung hat damit nichts zu tun, und es ist eine Verwechslung, wenn das Reichsgericht (52,1) erklärt, aus dem Begriff der Zusicherung ergebe sich nicht, daß sie auf die Zukunft gerichtet sein müsse, sie könne sich auch auf die Gegenwart oder Vergangenheit beziehen. Diese Frage gehört vielmehr zur Erörterung des Umfangs der Eigenschaften, welche zugesichert werden können. Nur die Frage, ob nur bestimmte Eigenschaften zugesichert werden können, oder ob auch die Zusicherung allgemeiner Fehlerlosigkeit u. dgl. möglich ist, mußte oben § 1 II des Zusammenhangs wegen behandelt werden.

Zweiter Unterabschnitt. Materielles.

1. Teil. Die typische Zusicherung.

1. Kapitel. Der Spezieskauf.

§ 6. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im allgemeinen.

I. Das Problem. — II. Der Stand der Meinungen. — III. Der Wortlaut des Gesetzes und die Materialien. — IV. Argumente für die Erfüllungstheorie: die Natur der Sache; Verweigerung der Annahme einer fehlerhaften Sache. — V. Argumente für die Gewährleistungstheorie: die typische Parteiabsicht; unhaltbare Konsequenzen der Erfüllungstheorie (Unmöglichkeit der Leistung — Fehlerbeseitigung, allgemeiner Schadensersatzanspruch). — VI. Das gemeine Recht.

I. Das eigentliche Wesen der Zusicherung macht der Inhalt der durch sie begründeten Rechte und Pflichten aus. Aus der Zusicherung entsteht, falls sie den Tatsachen nicht entspricht, für den Käufer das Recht, nach seinem Belieben Wandlung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1). Die Wirkungen der Zusicherung sind also teilweise dieselben wie bei der gesetzlichen Mängelhaftung, mit der die Zusicherung ja auch in demselben Unterabschnitt des von Kauf und Tausch handelnden Titels erörtert wird. Es fragt sich aber weiter, *ob die Zusicherung, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht, dem Käufer auch die Rechte aus der Nichterfüllung des Vertrags verleiht* — vor allem das Recht, die Erfüllung der Zusicherung, die Lieferung der fehlenden Eigenschaft zu verlangen, dann aber z. B. auch das Recht, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend zu machen.

Die Frage führt zurück auf das allgemeinere Problem, ob bei der gesetzlichen Mängelhaftung die Gewährung von Fehlerfreiheit ebenso wie die Übergabe und die Eigentumsverschaffung (§ 433 Abs. 1 Satz 1) zu den Pflichten des Verkäufers gehört, sodaß auf Gewährung von Fehlerfreiheit geklagt werden kann („Erfüllungstheorie"), oder ob der Verkäufer nicht vielmehr die Sache zu liefern hat, wie sie eben ist, sodaß er auch durch Lieferung einer fehlerhaften Sache seiner Erfüllungspflicht oder Leistungspflicht (Wolff S. 4) genügt und nur für

Fehlerfreiheit einzustehen hat, d. h. im Falle der Fehlerhaftigkeit den im Gesetz näher geregelten Ansprüchen des Käufers ausgesetzt ist („Gewährleistungstheorie"). Dabei wäre es wohl eine Karikatur der Erfüllungstheorie, wenn man mit Wolff (S. 4) zwei selbständige Verpflichtungen des Verkäufers annehmen wollte, wovon die eine auf Lieferung der verkauften Sache, die andere auf Gewährung von Fehlerfreiheit gerichtet wäre; vielmehr wird die Erfüllungstheorie das Verhältnis so aufzufassen haben, daß der Verkäufer verpflichtet sein soll, die Sache als fehlerfreie zu liefern: der Kauf ist nicht etwa durch die Fehlerfreiheit bedingt (s. § 3 I), sondern er ist unter allen Umständen gewollt; ist die Sache fehlerfrei, so wird mit ihrer Lieferung die einheitliche Obligation erfüllt; ist sie dagegen fehlerhaft, so teilt sich die Obligation mit der Lieferung der individuellen Sache in zwei Verpflichtungen, die bereits erfüllte auf Lieferung der Sache und die noch zu erfüllende auf Beseitigung des Mangels.

Eine Besprechung der hiemit skizzierten Streitfrage wird sich nicht vermeiden lassen.

Dabei ist zunächst vor einem Mißverständnis zu warnen: die gesetzliche Gewährleistungspflicht entsteht zweifellos als naturale negotii aus dem Kaufvertrag und gehört insofern sicher zu den Vertragspflichten des Verkäufers (Eccius S. 306, Schroeder S. 14, Schollmeyer S. 93 (mit Konsequenzen daraus), Stamm S. 2, Nowicki S. 17, Mot. 2, 211,224 und für das gemeine Recht Bechmann 3 § 338; eigenartig Friedberg S. 11/2; s. auch RG. 71,432 (433): Gewährleistungsansprüche können nur aus einem gültigen Kaufvertrag entstehen); aber nicht das ist die Frage, ob die Pflichten des Verkäufers in Ansehung der Fehler aus dem Kaufvertrag entstehen oder nicht, sondern das, ob die aus dem Vertrag entstehende Pflicht des Verkäufers bezüglich der Fehler eine Erfüllungspflicht ist, die in der Gewährung von Fehlerfreiheit besteht und daneben die im Gesetz speziell geregelten Ansprüche erzeugt, oder vielmehr eine Gewährleistungspflicht, deren Inhalt sich in dem gesetzlich geregelten Einstehen, der Gewährleistung für Fehlerfreiheit erschöpft, ohne eine Pflicht zur Verschaffung der Sache als einer fehlerfreien zu begründen. Die Gewährleistung für Fehlerfreiheit gehört von jedem Standpunkt aus zur Vertragserfüllung, ob auch die Gewährung von Fehlerfreiheit, das ist die Frage (s. Wolff S. 2).

II. Vielleicht ist gerade diese Verwechslung von Vertragspflicht und Erfüllungspflicht der Grund, warum ohne schärfere Prüfung die Erfüllungstheorie als das Nächstliegende erscheint (vgl. Friedberg S. 1). Diese Theorie wird und zwar ohne nähere Begründung vertreten von Emerich S. 68, Dernburg DJZ. 03,1 (mit der Folgerung, daß der Käufer erst dann auf die Ansprüche aus den §§ 459 ff. ausschließlich angewiesen ist, wenn er die Sache angenommen hat, daß er vorher die Entgegennahme der Sache verweigern darf), Staub Anm. 42 im Exk. zu § 374, Anm. 3 zu § 377; für die Erfüllungstheorie sind wohl auch Kisch S. 193 ff., Titze S. 274 ff.; auch Düringer-Hachenburg S. 81 (vgl. auch S. 73) vertritt die Erfüllungstheorie und versucht sie zu begründen. Die Rechtsprechung steht überwiegend auf dem Standpunkt der Erfüllungstheorie; so hat das OLG. Celle (SeuffA. 59,349) die Klage auf den Kaufpreis auf Grund der „Einrede des nicht erfüllten Vertrags" abgewiesen, weil nach dem Vertragsschluß, aber vor der von dem Käufer wegen des Fehlers verweigerten Übergabe zufällig ein Fehler der Kaufsache entstanden war, mit dem ausdrücklichen Bemerken, es handle sich nicht um die Gewährleistung nach den §§ 459 ff., und es sei gleichgültig, ob nach diesen Vorschriften Ansprüche wegen des Fehlers erhoben werden könnten. Ebenso unterscheidet der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts (53,70) ausdrücklich zwischen den erst von der Übergabe an gegebenen Gewährleistungsansprüchen und dem Recht des Käufers zur Erfüllungsverweigerung auf Grund des § 433 Abs. 2; dieses letztere Recht führe, wenn der Mangel der Größe des verkauften Grundstücks so erheblich sei, daß der Käufer kein Interesse an dem Grundstück habe, zur Klagabweisung, anderfalls zur entsprechenden Minderung des eingeklagten Kaufpreises. Die Entscheidung des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts (66,279) endlich hat ausdrücklich zu der Streitfrage für den Fall der zugesicherten Eigenschaft Stellung genommen, sich für die Erfüllungstheorie entschieden und demgemäß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags mit der eigentümlichen Folge der Überbürdung der Beweislast auf den klagenden Verkäufer (Planck Anm. 1 zu § 322) gegeben; begründet wird dies damit, diese Auffassung sei der „folgerichtige Ausbau" der Entscheidung 52,352, in der dem Käufer nach vollzogener Übergabe beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft das Recht gegeben wird, die Ware zurückzuweisen und Schadensersatz wegen der sich hieraus er-

gebenden Nichterfüllung des Vertags schlechthin zu verlangen. Vgl. auch 62,282 (285): Fehler der Lieferung = mangelhafte Vertragserfüllung, vertragswidrige Nichterfüllung.

Die meisten Schriftsteller dagegen, die sich über die Frage näher geäußert haben, sind für die Gewährleistungstheorie, so Oertmann Anm. 2 a γ ββ zu § 433 und Recht 08,345, ferner Abnahmepflicht S. 617 ff., Dernburg § 184 I, § 185 I (der freilich den Verkäufer in Verzug kommen läßt, wenn er nur eine fehlerhafte Sache anbietet), Crome § 216 Nr. 4, § 220 Nr. 2, bes. Note 4, § 169 I 2 b, § 222 Note 2, Endemann S. 987 (anders freilich in seiner Anmerkung 31 S. 992), Windscheid-Kipp S. 700 lit. c, Schroeder S. 14, Friedberg S. 40, Nowicki S. 16, Wolff S. 4, Hellbach Recht 05,6 („weil eine Sache nur mit den Eigenschaften geliefert werden kann, die sie besitzt"), Gmelin Recht 09,768 (für die Regel), wohl auch Eccius S. 315 und Kloß S. 283, 285, Planck Anm. 3 zu § 363 (Verdrängung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch die Mängeleinrede); mit eingehender Darlegung der Konsequenzen hat sich auch Schollmeyer für die Gewährleistungstheorie ausgesprochen. Was die Rechtsprechung angeht, so hat das Oberlandesgericht Kiel — allerdings vor RG. 66,279 — in einem Fall der Zusicherung unter Bezugnahme auf Schollmeyer sehr bestimmt für die Gewährleistungstheorie Stellung genommen (ROLG. 16,399). Die Bemerkung Wolffs (S. 1 — ähnlich Oertmann Abnahmepflicht S. 620 —), die Erfüllungstheorie sei wohl die verbreitetste, dürfte daher für die Literatur wenigstens kaum zutreffen.

III. Aus dem Wortlaut des Gesetzes und aus den Äußerung der Materialien läßt sich für unsere Frage nichts völlig Sicheres entnehmen, doch scheinen sie mehr für die Gewährleistungstheorie zu sprechen. So hätte § 433 Abs. 1 Satz 1 vom Standpunkt der Erfüllungstheorie aus die Verpflichtung des Verkäufers aussprechen müssen, die Sache fehlerfrei zu übergeben, und wenn das Gesetz im § 459 Abs. 1 den Verkäufer für Fehlerfreiheit „haften" läßt, so spricht das ebenfalls eher für die Gewährleistungstheorie;[1] denn man pflegt den Ausdruck „haften" gerade dann anzuwenden, wenn

[1] A. M. Friedberg S. 4, der aus dem Ausdruck weder für die eine noch für die andere Auffassung ein Argument entnehmen will; s. auch S. 13/4. Wie Friedberg auch Nowicki S. 20.

jemand nicht eine Leistung zu machen, sondern für den Fall des Unterbleibens einer Leistung, also subsidiär, irgendwelche Nachteile zu gewärtigen oder Ersatzleistungen zu machen hat (vgl. Staudinger Bem. I 1 vor § 241, Gericke in Poseners Rechtslexikon 2,466). Der Ausdruck „Verpflichtung zur Gewährleistung" in den §§ 476, 493 ist vom Standpunkt der Gewährleistungstheorie aus ein völlig korrekter Gegensatz gegenüber der Verpflichtung zur Gewährung von Fehlerfreiheit. Überdies war im § 396 des ersten Entwurfs, der dem jetzigen § 476 entspricht, noch von der „Haftung" des Veräußerers die Rede, desgleichen in dem Beschluß der zweiten Kommission zu diesem Paragraphen (Prot. 1,701), und erst in dem zweiten Entwurf findet sich ohne jede Begründung der Ausdruck „Verpflichtung"; es handelt sich also offenbar nur um eine redaktionelle Änderung. Ferner stellen die Motive 2,178 bei der Besprechung der Mängelhaftung beim Werkvertrag deutlich die Vorschriften über die Haftung des Veräußerers jenen Fällen gegenüber, in welchen es sich um die Folgen der Nichterfüllung einer dem Übernehmer nach dem Vertrag obliegenden Leistungspflicht handle, wie es die Verpflichtung des Übernehmers sei, das Werk fehlerfrei herzustellen; in den letzteren Fällen liege es nahe, bezüglich der Rechtsfolgen von Fehlern an die Vorschriften über die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen anzuschließen. Soweit die Äußerungen der Materialien zu Gunsten der Gewährleistungstheorie.

Andererseits bezeichnet § 367 des ersten Entwurfs, der nach den Motiven (2,227 oben) gerade für den Kauf gelten sollte, ausdrücklich die Fehlerhaftigkeit der Leistung als Nichterfüllung des Vertrags. Allein schon die von der zweiten Kommission angenommene Fassung (Prot. 1,637) vermeidet diese Gleichstellung. Im zweiten Entwurf § 312, der von zwei rein redaktionellen Änderungen abgesehen, dem geltenden § 363 entspricht, ist dann wieder der Begriff der Nichterfüllung aufgenommen, dafür aber von der Redaktions-Kommission ohne Begründung die Erwähnung der Fehlerhaftigkeit gestrichen. Man kann vielleicht mit der herrschenden Meinung unter den jetzigen § 363 auch die Fehlerhaftigkeit der Leistung bringen (so Planck Anm. 2, Staudinger Anm. 2, Oertmann Anm. 2 zu § 363, Crome § 220 Nr. 7, RG. 57,399 (mit recht schiefer Darstellung der Entstehungsgeschichte), dagegen Kloß S. 282), aber nicht im Weg extensiver Interpretation, wie Staudinger

will — denn die Verschiedenheit der drei Begriffe ist in den Gesetzgebungsverhandlungen ganz klar erfaßt worden (Mot. 2,265, Prot. 1,637) —, sondern richtiger im Wege der Analogie; damit entfällt aber dann die Möglichkeit, den jetzigen § 363 für die Erfüllungstheorie heranzuziehen; man muß für die analoge Anwendung eben statt „Erfüllung" „fehlerlos" lesen. Jene Stellungnahme des ersten Entwurfs ist mit der von der zweiten Kommission beschlossenen Fassungsänderung unerheblich geworden.

Die Äußerung der Motive 2,318, der Käufer sei nur dann verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen, wenn sie vertragsmäßig angeboten sei, ergibt für unsere Streitfrage gar nichts; ob unter nicht vertragsmäßigem Angebot auch das einer fehlerhaften Sache zu verstehen ist, und ob das bei einem Fehler der gekauften Sache zweifellos bestehende Recht, die Abnahme zu verweigern, aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrags herzuleiten ist oder aus der Wandlungseinrede, sagen die Motive nicht. Die Gesetzgebungskommission war sich offenbar über die Streitfrage nicht klar und hat deshalb weder für die eine noch für die andere Meinung Stellung genommen. Ebensowenig vermag ich mit Crome § 220 Anm. 4 aus den Motiven 2,224 etwas für unsere Streitfrage Dienliches zu entnehmen.

IV. Für die Erfüllungstheorie wird nun einmal die Natur der Sache ins Feld geführt; eine unbrauchbare Lieferung habe für den Käufer in der Regel die gleiche wirtschaftliche Bedeutung, wie wenn überhaupt nicht geliefert wäre (Düringer-Hachenburg S. 82). Allein die gleiche wirtschaftliche Bedeutung verschiedener Tatbestände begründet durchaus nicht immer auch die gleiche rechtliche Behandlung; außerdem ist gerade beim Kauf einer fehlerhaften Speziessache noch nicht immer Unbrauchbarkeit der Sache anzunehmen; es gibt sicher viele Fehler, welche die Mängelansprüche begründen, nicht unerheblich sind im Sinn des § 459 Abs. 1 Satz 2, aber doch einen bedeutenden Rest von Brauchbarkeit für die Zwecke des Käufers übrig lassen; andernfalls hätte ja das Institut der Minderung überhaupt keine praktische Bedeutung. Soweit aber hienach der Käufer infolge des Fehlers wirklich so daran ist, als wäre ihm überhaupt nichts geliefert, gewähren ihm die Spezialvorschriften das Recht der Wandlung, und, was gerade

bei so erheblichen Fehlern oft zutreffen wird, im Fall der Arglist des Verkäufers den Schadensersatzanspruch; es besteht also rechtspolitisch keine Notwendigkeit, ihm noch die Rechte aus der Unmöglichkeit der Erfüllung oder dem Verzug des Verkäufers einzuräumen.

Am meisten mag bei den Anhängern der Erfüllungstheorie eine praktische Erwägung mitwirken, die Befürchtung nämlich, der Käufer dürfe nach der Gewährleistungstheorie die fehlerhafte Sache nicht zurückweisen und komme, falls er dies dennoch tue, in Abnahme- und Zahlungsverzug und in Annahmeverzug mit allen ihren unter Umständen sehr lästigen Wirkungen. Dies wäre in der Tat kaum erträglich (ebenso Wolff S. 8); man denke daran, daß der Verkäufer während des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 300 Abs. 1), ja daß er unter Umständen sogar wegen des Zahlungsverzugs des Käufers gemäß § 326 seinerseits vom Vertrag zurücktreten kann. Die Erfüllungstheorie vermeidet diese Konsequenz: die Leistung ist nicht so angeboten, wie sie zu bewirken ist (§ 294), und es tritt also kein Annahmeverzug ein; auch der Zahlungsverzug tritt nicht ein, weil dem Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Seite steht; diese hindert, wenn sie geltend gemacht wird, den Eintritt seines Zahlungsverzugs jedenfalls insoweit, als er gemäß § 320 Abs. 2 seine Leistung verweigern darf, wobei zweifelhaft sein kann, ob er seine Leistung nicht wenigstens anbieten muß (vgl. Planck Anm. 4 d zu § 284). Auch gegenüber der Abnahmepflicht wird für die Erfüllungstheorie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags durchgreifen (vgl. Oertmann Anm. 3 b zu § 433, s. aber doch auch Oertmann Abnahmepflicht S. 625).

Allein auch vom Standpunkt der Gewährleistungstheorie aus kann der Käufer die fehlerhafte Sache zurückweisen. Keine Bestimmung hindert, die Mängelansprüche schon vor dem Gefahrübergang zu gewähren, natürlich unter der dem Gesetz entsprechenden Voraussetzung, daß die Fehler — z. B. weil sie unbehebbar sind — noch z. Zt. des Gefahrübergangs bestehen werden (Planck Anm. 1 zu § 462, Oertmann Abnahmepflicht S. 623, Crome § 220 Note 4, § 222 Note 2, Schollmeyer S. 93, 95, Wolff S. 8, Krückmann S. 180, Nowicki S. 17, 29, sehr entschieden auch Hamburg RO LG. 20, 176; vgl. auch RG. 65, 245 („Gewährleistungsansprüche, vorausgesetzt, daß solche schon entstanden sind, treten gleichwohl erst von der Übergabe der

Kaufsache an in Verjährung“)). Dagegen viele, auch RG. 53,70, JW. 05,230 Nr. 7 (das Angebot war zurückgewiesen worden!), OLG. Stuttgart Recht 08 Beil. 2, 52 Nr. 285 (das aber dem Käufer die exceptio doli gegen den Kaufpreisanspruch des fehlerhaft liefernden Verkäufers gewährt). Die hier vertretene Auffassung rechtfertigt sich auch durch folgende Erwägung: § 459 Abs. 1 spricht davon, daß „der Verkäufer“ für die Fehlerlosigkeit haftet; die Haftung beginnt also mit dem Augenblick, in welchem der Kontrahent Verkäufer wird, d. h. mit dem Vertragsabschluß. Hätte das Gesetz etwas anderes gewollt, so hätte es dies ausdrücklich anordnen müssen.

Von hier aus ergibt sich: Will der Käufer wandeln, so verweigert er die Annahme der fehlerhaften Speziessache mit Recht und kommt deshalb nicht in Verzug; er hat ja jetzt schon den Anspruch auf Abschluß des Wandlungsvertrags — um mit der Vertragstheorie zu reden, die als die herrschende [2] zu Grunde gelegt werden soll — und damit den Anspruch auf vertragsmäßige Begründung einer klagbaren Wiederabnahmepflicht des Verkäufers (Planck Anm. 2 c δ zu § 467). Es wäre vom Gesetz ein zweckloser Umweg und vom Verkäufer dolos (Dernburg § 185 I), dem Käufer zuzumuten, er solle die Sache zunächst entgegennehmen und dann wieder zurückgeben, den Kaufpreis bezahlen und ihn dann wieder zurückfordern; der Käufer kann folglich Annahme, Abnahme und Zahlung verweigern.

Will der Käufer aber nur mindern, so ist es durchaus zutreffend, wenn er bei Meidung des Annahme- und Abnahmeverzugs genötigt ist, die Sache entgegenzunehmen, bei Meidung des Zahlungsverzugs, einen entsprechenden Teil des Kaufpreises zu bezahlen (ebenso Oertmann Abnahmepflicht S. 622). Seine Absicht und sein Interesse gehen dann eben doch dahin, die Sache zu bekommen, nur um einen geminderten Preis; verzögert er die Entlastung des Verkäufers von der Sorge um den Verbleib der Sache durch seine Annahmeweigerung, so geschieht es ihm nur recht, wenn der Verkäufer jetzt nur mehr Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 300 Abs. 1) u. dgl. (wie hier Oertmann Abnahmepflicht S. 617 ff. und Anm. 2 a γ ββ zu § 433, Friedberg S. 42/3, Nowicki S. 28, wohl auch Wolff S. 7; vgl. noch Gmelin Recht 09, 768, der, für die Regel Gewährleistungstheoretiker, ebenfalls die Abnahmepflicht des Käufers verneint).

[2] Vgl. aber doch auch RG. 66, 73 (74).

Dem anzuerkennenden Verkehrsbedürfnis, daß dem Käufer eine fehlerhafte Sache nicht aufgedrängt werden dürfe, kann also auch die Gewährleistungstheorie durchaus entsprechen. Es genügt hiezu vollauf die Mängeleinrede, wenn man ihre Existenz bereits vor der Übergabe anerkennt; der Einrede des nicht erfüllten Vertrags bedarf es nicht (Oertmann Abnahmepflicht S. 618), ebensowenig der künstlichen Konstruktion Schollmeyers (S. 97), der Annahmeverzug trete zwar ein, falle aber, wenn die Wandlung nachträglich vollzogen werde, ex tunc wieder weg.[3]

V. Zu Gunsten der Gewährleistungstheorie dürften folgende Erwägungen entscheidend in Betracht kommen:

1. Die Regeln von der Mängelhaftung sind durchweg dispositiv, vorbehaltlich eines arglistig erschlichenen Vertrags, der die Verkäuferpflichten mindert (§ 476); daraus folgt, daß die gesetzlichen Bestimmungen dasjenige enthalten, was nach Ansicht des Gesetzgebers von anständigen Leuten im Normalfall ihren Kaufverträgen zu Grunde gelegt zu werden pflegt. Daher rechtfertigt es sich, für die Auslegung des Gesetzes von der natürlichen Auffassung eines Verkäufers und eines Käufers auszugehen. Diese geht aber beim Kauf einer Speziessache entschieden dahin, daß eben diese individuelle Sache geliefert werden solle (Crome § 220 Note 4, Schroeder S. 17, Nowicki S. 18, Hellbach Recht 05,6); an Fehler der gekauften Sache haben die Parteien im allgemeinen wohl nicht gedacht und schon aus diesem Grund wird man nicht annehmen dürfen, daß der Verkäufer sich habe verpflichten wollen, die Sache als fehlerfreie zu liefern. *Die Parteien wollen also die Erfüllungspflicht nicht auf die Fehlerfreiheit der Sache erstrecken.*[4] Aus diesem Grund hat auch das Gesetz keinen Anlaß, die Erfüllungspflicht des Verkäufers so weit auszudehnen.

Dem entspricht es, daß primitive Rechte eine Haftung für Fehler im allgemeinen nicht kennen, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der vollständigen Erfüllung (so das römische Zi-

[3] Oertmann (Abnahmepflicht S. 621 ff.) hat übrigens die von der Erfüllungstheorie beliebte Konstruktion der Annahmeweigerung aus Gründen, die mit der Konstruktionsfrage nichts zu tun haben, als unhaltbar erwiesen und damit einen neuen, selbständigen Gesichtspunkt für die Gewährleistungstheorie aufgestellt.

[4] Daß dies auch dann zutrifft, wenn nach dem Vertrag ein bestimmter Gebrauch vorausgesetzt wird (§ 459 Abs. 1 Satz 1), hat Friedberg (S. 19 ff.) sehr gut nachgewiesen.

vilrecht vor dem Edikt der Ädilen (Windscheid-Kipp § 393 Anm. 1, Bechmann 1 § 13 a. E. (Manzipationskauf), 1 § 40 (sonstiger Naturalkauf einschließlich des Kreditkaufs (1 § 1 II)), 1 § 76 (Konsensualkontrakt), § 51 eingangs (zusammenfassend), Friedberg S. 7, Nowicki S. 9), das germanische Recht (Dernburg § 184 I, Gierke § 93 II, vgl. auch Nowicki S. 10). Mag auch die Neigung solcher Rechte, nur ganz einfache Vertragsverhältnisse zuzulassen, bei ihrer Ablehnung jeglicher Mängelhaftung mitgespielt haben, so kann doch auch ein Argument für die Feststellung der nächstliegenden, gewissermaßen naturrechtlichen Auffassung hieraus gewonnen werden.

2. Die Erfüllungstheorie führt aber auch zu unhaltbaren Konsequenzen, die die Theorie selbst als Irrtum erscheinen lassen.

a. **Eine Erfüllungspflicht hinsichtlich der Fehlerfreiheit läßt sich bei unbehebbaren Fehlern überhaupt nicht denken.** Jemand hat etwa ein bestimmtes Haus verkauft (vgl. Wolff S. 4); nach der richtig verstandenen Erfüllungstheorie (s. oben I) ist Gegenstand der Leistung das schwammfreie Haus; die Lieferung des mit Schwamm behafteten Hauses ist jedenfalls nicht vollständige Erfüllung. Kann nun der Schwamm nicht beseitigt werden, so liegt ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vor;[5] es ist ursprüngliche, nicht etwa nachträgliche Unmöglichkeit gegeben. Nimmt man gänzliche Unmöglichkeit an, nicht etwa bloß teilweise Unmöglichkeit, weil das fehlerhafte Haus kein Teil des eigentlich zu leistenden fehlerlosen Hauses ist, sondern etwas anderes, so ergibt § 306 die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrags, womit dann insbesondere auch die Gewährleistungsansprüche entfallen (s. oben I). Will man aber mit Schollmeyer (S. 97) teilweise Unmöglich-

[5] Der Satz ist — allerdings ohne Rücksicht auf Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie — von Krückmann S. 154 ff. bestritten worden; er gebt aus von dem begrifflichen Unterschied zwischen Gesamtheit und Summe; die Gesamtheit sei auch dann noch gegeben, wenn ein Teil fehle, es gebe also keine teilweise Unmöglichkeit beim Fehlen von Eigenschaften der Kaufsache beim Spezieskauf, denn die Sache sei eine Gesamtheit, keine Summe. Ich gebe gerne zu, daß die fehlerhafte Sache noch dieselbe Sache ist, aber sie ist eben doch nicht mehr die Sache mit der Eigenschaft und nach der Erfüllungstheorie hat der Verkäufer die Sache mit der Eigenschaft, nicht die Sache als solche zu liefern. Die Sache mit der Eigenschaft aber wird man gerade nach der Krückmannschen Terminologie als Summe, nicht als Gesamtheit bezeichnen müssen. Die Erfüllungstheorie kann und muß also teilweise Unmöglichkeit annehmen. Daß unter Umständen sogar gänzliche Unmöglichkeit vorliegen kann, gibt auch Krückmann zu, freilich ohne den Fall weiter zu berücksichtigen.

keit und folglich teilweise Nichtigkeit annehmen, so tritt wenigstens im Zweifel ebenfalls Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrags ein (§ 139, Planck Anm. 1 zu § 306); der Kauf wäre also gewissermaßen bedingt durch die Fehlerfreiheit (s. oben § 3 I).

Daß diese Ergebnisse praktisch unannehmbar sind und dem mutmaßlichen Parteiwillen strikt widersprechen, braucht nicht ausgeführt zu werden. Der Käufer wäre auf den Anspruch des negativen Vertragsinteresses beschränkt (§ 307); weder die Gewährleistungsansprüche noch die Erfüllungsansprüche würden ihm zustehen. Diese Ergebnisse sind aber unausweichlich; man kann nicht etwa sagen, der § 306 lasse ja Ausnahmen zu, wie etwa den Verkauf einer nicht bestehenden Forderung (§ 437), Ausnahmen, bei denen der Vertrag nicht nichtig sei; denn diese Ausnahmen sind nur scheinbare, sie betreffen Fälle, in denen eine Leistung versprochen und für den Fall der Unmöglichkeit eine Ersatzleistung übernommen, für die Möglichkeit also indirekt garantiert wird; das Vorkommen eines Erfüllungsanspruchs bei Unmöglichkeit der Leistung beweisen sie nicht (Planck Anm. 2 zu § 306). Echte Ausnahmen aber gibt es nicht, denn § 306 spricht den „nicht römischen, sondern logischen" Satz ‚impossibilium nulla est obligatio' nur zu allem Überfluß ausdrücklich aus (Planck a. a. O., Oertmann Anm. 1 zu § 306). Die Erfüllungstheorie führt also bei unbehebbaren Fehlern unweigerlich zur Nichtigkeit des Kaufvertrags und kann folglich wenigstens für diese Fälle nicht richtig sein.

b. Andere Schwierigkeiten ergeben sich für die Erfüllungstheorie beim Vorliegen behebbarer Fehler. Ist das Haus mit den Fehlern geliefert, so bleibt noch die Verpflichtung des Verkäufers unerfüllt, das Haus als ein fehlerfreies dem Käufer zu verschaffen, mit anderen Worten, der Verkäufer ist verpflichtet, die Fehler zu beseitigen. Dieser Konsequenz wird die Erfüllungstheorie nicht entgehen können. Nun ist es aber die, soviel ersichtlich, einstimmige Anschauung der Literatur, daß ein Fehlerbeseitigungsanspruch beim Kauf im Gegensatz zum Werkvertrag nicht gegeben sei (Planck Anm. 4, Staudinger Anm. VI b, Oertmann Anm. 5 a zu § 462, Staub Anm. 54 zu § 377, Windscheid-Kipp S. 700 lit. c). Die Erfüllungstheorie führt also einen Anspruch auf Umwegen wieder ein, der aus praktischen Gründen (s. § 13 III 2) ausdrücklich und allseits abgelehnt wird, und zwar von den Anhängern der Gewährleistungstheorie nicht etwa deshalb,

weil er dieser ihrer Grundauffassung widerstreitet, sondern deshalb, weil er der Absicht des Gesetzes nicht entspreche. Darf man also davon ausgehen, daß ein Fehlerbeseitigungsanspruch nicht besteht, und führt die Erfüllungstheorie unweigerlich zur Konstruktion eines solchen, so folgt daraus, daß sie dem Gesetz nicht entsprechen kann. Wollte man aber erwidern, daß der Verkäufer zwar zur Gewährung von Fehlerfreiheit verpflichtet sei, der Käufer die Fehlerfreiheit, d. h. die Fehlerbeseitigung aber doch nicht verlangen könne, so wäre dies eben keine Erfüllungspflicht mehr.

Übrigens würden sich neue Schwierigkeiten ergeben, wenn man mit der Erfüllungstheorie dem Käufer den Anspruch auf Verschaffung der Fehlerlosigkeit, den Nachbesserungsanspruch geben wollte: wenn der Verkäufer die Nachbesserungspflicht nicht erfüllt, so hat er nach § 286 Abs. 1 dem Käufer den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen und ihm nach § 286 Abs. 2 unter Umständen sogar Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hier also Schadensersatz wegen nicht erfolgter Beseitigung des Fehlers, zu leisten. Ein solcher Schadensersatzanspruch steht aber, wie § 463 deutlich ersehen läßt, dem Käufer nur auf Grund einer Zusicherung oder im Falle der Arglist des Verkäufers zu. Die Nachbesserungspflicht widerstreitet also auch insofern dem Gesetz, als sie dem Käufer in allen Fällen einen Anspruch verleiht, den er nach dem deutlich ersichtlichen Zweck des Gesetzes nur ausnahmsweise haben soll (vgl. Oertmann Recht 08,347). Daraus ergibt sich, daß eben auch die Voraussetzung des Nachbesserungsanspruchs, die Erfüllungstheorie, nicht zutreffen kann.

Die Erfüllungstheorie ist nach dem Gesagten sowohl für die Fälle behebbarer, wie für jene unbehebbarer Fehler unhaltbar.

VI. Im gemeinen Recht ist die Streitfrage, soweit ersichtlich, bewußt nicht behandelt worden (vgl. Friedberg S. 4). Aber der Gedanke, der der Gewährleistungstheorie zu Grunde liegt, findet sich bereits deutlich bei Windscheid-Kipp (§ 394 Note 20) ausgesprochen; ebenso kommt er darin zum Ausdruck, daß es nach der im gemeinen Recht herrschenden Anschauung eine selbständige exceptio non rite adimpleti contractus wegen Fehlerhaftigkeit der angebotenen Leistung nicht gibt, daß diese Einrede vielmehr aus den Gewährleistungsansprüchen des

Käufers hervorgeht (Oertmann Abnahmepflicht S. 620, s. auch § 9 II 3); die Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache wurde also nicht als gänzliche oder teilweise Nichterfüllung angesehen. Danach wird man auch für das gemeine Recht die Gewährleistungstheorie als richtig anzuerkennen haben.[6] Da nun die Regelung der Gewährleistung für Sachmängel nach den Motiven (2,224) im Anschluß an das gemeine Recht erfolgt ist (Planck Bem. 1 vor § 459, vgl. aber doch auch Eccius S. 305), darf man in Ermanglung von Anhaltspunkten für eine Abweichung annehmen, daß das Gesetz auch in dieser Frage an dem gemeinen Recht festhalten wollte.

§ 7. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie in Anwendung auf die Zusicherung.

I. Der Stand der Meinungen. — II. Der Wortlaut des Gesetzes und die Materialien. — III. Argumente für die Erfüllungstheorie: die Natur der Sache; Verweigerung der Annahme einer mangelhaften Sache; Schadensersatz wegen Nichterfüllung. — IV. Argumente für die Gewährleistungstheorie: die typische Parteiabsicht; unhaltbare Konsequenzen der Erfüllungstheorie (Unmöglichkeit der Leistung, Mängelbeseitigung). — V. Das gemeine Recht. —

I. Es fragt sich, ob sich an dem Ergebnis des vorigen Paragraphen, daß die Gewährleistungstheorie dem Gesetz entspreche, für den Fall der Zusicherung etwas ändert. Von den Schriftstellern, welche sich überhaupt bewußt zu der Streitfrage geäußert haben, unterlassen es manche, auf den Spezialfall der Zusicherung einzugehen (Schroeder S. 120 ff., Emerich S. 68, Dernburg DJZ. 03, 4, Staub Anm. 41 ff. und 85 ff. zu § 377, Düringer-Hachenburg S. 150 IV 1, S. 155 VI b, S. 131). Die Schriftsteller, die sich über unsere Streitfrage unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Zusicherung geäußert haben, nehmen teilweise, und zwar auch viele Anhänger der Gewährleistungstheorie, *für den Fall der Zusicherung die Erfüllungstheorie als die richtige an*, freilich ohne besondere Begründung; dies dürfte sogar die

[6] Wegen des preußischen Landrechts s. Friedberg S. 9/10. — Für das gemeine Recht wie hier: Schroeder S. 17, Oertmann Abnahmepflicht S. 620, Friedberg S. 6, Nowicki S. 11, 14.

überwiegende Meinung in der Literatur sein: Crome § 220 unter 2 a, Recht 02, 333, Endemann S. 988, Dernburg § 185 I, Windscheid-Kipp S. 700 lit. c (Mängelbeseitigungsanspruch als Inhalt der Schadensersatzpflicht) — diese als Gewährleistungstheoretiker; Planck Anm. 2 a zu § 459, den Oertmann Anm. 2 a γ γγ zu § 433 als Erfüllungstheoretiker für den Fall der Zusicherung nennt, gehört wohl nicht hieher, da er überhaupt die ganze Streitfrage nicht behandelt; seine Äußerung, die Zusicherung müsse vom Käufer als vertragsmäßige verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Form abgegeben sein, hat ebenso wie die Rechtsprechung (§ 4 I a. E.) nur den Gegensatz zu den Angaben und Anpreisungen im Auge; darüber, ob die Verschaffung der Eigenschaft zu den Vertragsleistungen des Verkäufers gehöre, sagt sie nichts. Dagegen könnte man Plancks Äußerung in Anm. 5 zu § 335, bei einem Vertrag zu Gunsten eines Dritten habe der Dritte lediglich den Anspruch auf Leistung der versprochenen Sache und darauf, daß sie die versprochenen Eigenschaften hat, nicht aber die Ansprüche auf Wandlung oder Minderung, allerdings als eine Stellungnahme für die Erfüllungstheorie im Falle der Zusicherung ansehen. Einige Schriftsteller endlich halten auch für den Fall der Zusicherung an der Gewährleistungstheorie fest (Oertmann Anm. 2 a γ γγ zu § 433 (unter Hinweis auf den besonderen Sinn der einzelnen Abrede, also wohl nur für die typische Zusicherung (über diesen Begriff s. § 14 II); seine Äußerung bezieht sich offenbar auch auf die Zusicherung einer Eigenschaft, nicht bloß auf die der Fehlerfreiheit, wie man zunächst nach dem Text annehmen könnte) und noch bestimmter Anm. 2 Abs. 4 zu § 459, Schollmeyer S. 98, Wolff S. 4 u. 6 (Anm. 1), Friedberg S. 26 ff., Nowicki S. 20 ff.).

Das Reichsgericht hat sich in der bereits erwähnten Entscheidung 66,279 entschieden auf den Standpunkt gestellt, daß im Fall der Zusicherung einer Eigenschaft der Verkäufer, welcher die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft liefere, noch nicht vollständig erfüllt habe; vgl. 57,399 (Lieferung ohne die zugesicherte Eigenschaft ist nicht Erfüllung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses), auch 54,203, wo die Haftung für zugesicherte Eigenschaften auf die Nichterfüllung einer besonders übernommenen Pflicht zurückgeführt wird (Schollmeyer S. 99 Anm. 1). Dagegen vertritt das Oberlandesgericht Kiel für den Fall der Zusicherung die Gewährleistungstheorie (ROLG. 16,399).

II. Der Wortlaut des Gesetzes scheint auch hier mehr für die Gewährleistungstheorie zu sprechen: nach § 459 Abs. 2 haftet der Verkäufer für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften; er hat sie also nicht zu gewähren (s. § 6 III). Was die Materialien angeht, so sind diese durchaus auch für die jetzige Gestaltung der Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers bei Zusicherungen zu verwerten, da gerade bezüglich der Zusicherung die jetzige Regelung sachlich genau dem ersten Entwurf entspricht (§ 381 Abs. 1 des ersten Entwurfs = § 459 Abs. 2 BGB., § 382 = § 460 (mit Ausnahme des hier nicht interessierenden arglistigen Verschweigens), § 385 = § 463 (ebenfalls mit Ausnahme des arglistigen Verschweigens), § 388 = § 468; kurze Verjährung auch der Schadensersatzpflicht im Falle der Zusicherung nach § 397 Abs. 2 des ersten Entwurfs wie nach § 477 BGB.). Nach den Motiven (2,225) tritt nun die Haftung aus der Zusicherung einer Eigenschaft „nach ihrer Natur als Ausfluß eines Garantieversprechens ein", und daselbst S. 228 heißt es: In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte. Ähnlich Denkschrift S. 63. In den Protokollen (1,687) äußert ein Kommissionsmitglied, der Entwurf und der (von der Kommission nachher angenommene) Antrag 1 sehe jede Zusicherung einer Eigenschaft als Garantieversprechen an. Das Wesen eines Garantieversprechens aber ist die Verpflichtung des Versprechenden, für die Folgen einstehen zu wollen, wenn ein von ihm in Aussicht gestelltes Ereignis, zu dessen Herbeiführung er sich aber regelmäßig nicht verpflichtet, wider Erwarten nicht eintreten sollte (vgl. § 8 II). Charakteristisch ist also auch für das Garantieversprechen die Subsidiarität der übernommenen Verpflichtung, ebenso wie bei dem Ausdruck „haften". Danach wird man mit Recht behaupten können, daß die Gesetzgebungskommissionen eher zu Gunsten der Gewährleistungstheorie Stellung genommen haben.

III. Für die Erfüllungstheorie könnten etwa die folgenden Argumente geltend gemacht werden. Soweit diese bereits oben im § 6 IV besprochen sind, handelt es sich hier nur noch um ergänzende Bemerkungen.

1. Die Natur der Sache: wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, wird in manchen Fällen allerdings Unbrauchbarkeit der Sache für die Zwecke des Käufers vorliegen, die wirtschaftlich der Nichterfüllung gleichsteht: in jenen Fällen etwa, wo der Käufer so großes Interesse an der Abwesenheit eines Fehlers hatte, daß ihm der ohnehin bestehende Wandlungs- und Minderungsanspruch nicht genügte und er auch den Anspruch auf Schadenersatz gewinnen wollte, also in den Fällen der nur intensiven Wirkung der Zusicherung (Cosack § 128 I 1, vgl. hier IV 1 a u. b); hier wird man oft annehmen können, daß die fehlerhafte Sache für den Käufer wertlos ist. In den Fällen dagegen, wo eine Haftung für einen nach dem Gesetz nicht zu vertretenden Tatbestand begründet wird, wo also die Zusicherung extensiv und intensiv zugleich wirkt, wird der Käufer häufig auch mit der mangelhaften Leistung noch etwas anzufangen wissen; das noch nicht zugerittene oder das bissige Pferd, das Buch mit einzelnen Druckfehlern (§ 459 Abs. 1 Satz 2), die Maschine mit einem geringeren als dem garantierten Nutzeffekt sind im allgemeinen doch brauchbar, wenn auch weniger brauchbar als mangelfreie Sachen. Vielfach wird es sich gerade in diesen letzteren Fällen um Kleinigkeiten handeln, um Affektionsinteressen des Käufers, für die nur deshalb garantiert wird, weil an sich keine Haftung für solche Vorzüge bestünde, nicht etwa deshalb, weil der Kauf für den Käufer mit dem Vorhandensein der Eigenschaften steht und fällt; es sind solche Fälle, in denen eigentlich vom Standpunkt des Käufers aus die einfache Haftungsübernahme vielfach genügen würde (§ 2 IV u. unten IV 1 a). Man kann also auch bei der Zusicherung nicht sagen, daß eine mangelhafte Sache für den Käufer in der Regel die gleiche wirtschaftliche Bedeutung habe, wie wenn überhaupt nicht geliefert worden wäre. Übrigens ist der Käufer in den Fällen der Zusicherung noch mit einem dritten Behelf ausgestattet, dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 Satz 1); ein rechtspolitisches Bedürfnis nach noch weiteren Ansprüchen, nach Erfüllungsansprüchen, kann nicht anerkannt werden.

2. Das Recht der Annahmeweigerung hat der Käufer auch hier; nicht bloß unter dem Gesichtspunkt der Wandlung, sondern auch dann, wenn er Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags unter Zurückweisung der mangelhaften Sache verlangt. Es ist dabei gleichgültig, ob

man dem Käufer dieses Recht mit dem Reichsgericht (52,355, 66,285, s. auch IV 2 b) in allen Fällen einer nicht zutreffenden Zusicherung gibt, wie wenn in der Zusicherung zugleich die Vereinbarung gelegen wäre, daß der Käufer kein Interesse an der Erfüllung mehr hat, wenn die Zusicherung den Tatsachen nicht entspricht, oder ob er das Recht auf Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung nur dann haben soll, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn tatsächlich kein Interesse hat (so Planck Anm. 4 zu § 463). Verlangt der Käufer in diesem Sinn mit Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so braucht er die Ware nicht anzunehmen. In den Fällen aber, wo er nur Ersatz des ihm durch den Mangel der Sache entstandenen Schadens verlangen will oder (nach der eben erwähnten zweiten Anschauung) verlangen kann, ist es nur richtig, wenn ihm bei Meidung des Annahmeverzugs und der weiteren Folgen die Annahme der Sache auferlegt wird, die er ja doch bekommen will und soll: die Lage ist hier ebenso, wie in den Fällen der gesetzlichen Mängelhaftung, wenn der Käufer sich für die Minderung entschließt.

3. Das Nichtzutreffen der Zusicherung gewährt dem Käufer nach § 463 Abs. 1 den Anspruch auf „*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*", der rechtlich eigentlich das Wesen, das Charakteristikum der Zusicherung ausmacht (Wolff S. 52). Man könnte nun sagen: tatsächliche Grundlage dieses Anspruchs ist das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft; das Gesetz aber bezeichnet den hierauf gestützten Schadensersatzanspruch als einen solchen wegen Nichterfüllung; der Mangel ist also hier als Nichterfüllung bezeichnet, mindestens als teilweise *Nichterfüllung des Kaufvertrags*. Die Materialien ergeben darüber nichts, was unter dem Ausdruck Schadensersatz wegen Nichterfüllung verstanden worden sei; schon § 385 des ersten Entwurfs hatte das Wort. Jedenfalls ist irgendwelches Gewicht auf den Ausdruck nicht gelegt worden; so sprechen die Motive (2,228/9) stets nur von einem Anspruch auf Schadensersatz, von einem Versprechen, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte; auch die Protokolle (1,687) gebrauchen nicht nur den Ausdruck Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern reden auch einfach von dem Erfüllungsinteresse. Es ist also die Möglichkeit offen, daß die Verfasser der Entwürfe an einen Schadensersatz wegen *Nichterfüllung der Zusicherung*, wegen Nichtzutreffens der Zusicherung gedacht und daß sie nicht die Absicht

gehabt haben, das Vorhandensein des Mangels als Nichterfüllung des Kaufvertrags zu bezeichnen. Jedenfalls ist eine Stellungnahme des Gesetzes zu Gunsten der Erfüllungstheorie aus diesem Ausdruck nicht herauszulesen, schon deshalb nicht, weil die Verfasser sich der in der damaligen Literatur noch nicht aufgetauchten Streitfrage überhaupt nicht klar bewußt gewesen sind. Ich kann daher nicht mit Wolff (S. 55,83) in dem Wort „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" einen Anklang an die Erfüllungstheorie finden, den unrichtigen (und selbstverständlich unverbindlichen) Ausdruck einer sonst im Gesetz nicht ausgesprochenen theoretischen Anschauung der Verfasser.

Noch anders faßt das Reichsgericht (52,352, s. auch IV 2 b) den Ausdruck auf, nämlich als Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung des Kaufvertrags. Wenn diese Auslegung, der auch Gegner der reichsgerichtlichen Anschauung (Oertmann Anm. 5 zu § 463) etwas Bestechendes nicht absprechen können, zutrifft, so kann § 463 Abs. 1 erst recht nicht als Argument für die Erfüllungstheorie herangezogen werden. Das Reichsgericht behauptet mit seiner Auslegung des mehrerwähnten Ausdrucks ja nicht, daß die Lieferung einer mangelhaften Spezies eine vollständige Nichterfüllung tatsächlich darstelle; vielmehr faßt es den Ausdruck als einen technischen auf, der nicht den *Grund* des Anspruchs, sondern dessen *Inhalt* bezeichnen solle; „wegen Nichterfüllung" bedeutet nach dem Reichsgericht nicht „weil er nicht erfüllt hat", sondern „wie wenn er ganz nicht erfüllt hätte"; der Verkäufer soll so behandelt werden, als hätte er nichts geleistet; der Käufer soll die Sache zurückweisen und dadurch die Nichterfüllung des Vertrags herbeiführen können. Nach dieser Auffassung ist die Nichterfüllung des Kaufvertrags nicht etwa mit dem Mangel ohne weiteres gegeben, vielmehr ist sie nur irreal oder künstlich herbeigeführt. Gerade vom Standpunkt des Reichsgerichts aus kann demnach die Erfüllungstheorie auf den Wortlaut des § 463 nicht gestützt werden. Umso unverständlicher ist es, wie das Reichsgericht seine ausdrückliche Stellungnahme für die Erfüllungstheorie (66,279) einzig mit dem folgerichtigen Ausbau der Entscheidung im Band 52 motivieren kann. Es ist doch nicht an dem, als ob das Reichsgericht dort Mangelhaftigkeit als teilweise Nichterfüllung behandelt hätte, vielmehr hat es den Satz aufgestellt, im Fall des Nichtzutreffens einer Zusicherung habe der Käufer die Rechte, als *wäre* überhaupt nicht erfüllt, als wäre etwa Fristsetzung gemäß § 326 frucht-

los erfolgt. Eher könnte man die Entscheidung im Band 52 für die Gewährleistungstheorie heranziehen, denn dort wird ganz abgesehen davon, ob die Mangelhaftigkeit etwa teilweise Unmöglichkeit, teilweise Nichterfüllung bedeutet, sondern die Frage wird ganz selbständig vom Gesichtspunkt der Gewährleistungsansprüche aus behandelt. Die lakonische Begründung der Stellungnahme des höchsten Gerichtshofs zu einer doch nicht unwichtigen Frage ist sehr bedauerlich. Sie hat nur das Gute, daß sie hoffen läßt, das Reichsgericht werde die Frage noch einmal eingehend prüfen, da es sich ja doch nicht eigentlich ex officio festgelegt hat.

IV. Unter III ist zu zeigen versucht worden, daß nichts nötigt, für den Fall der Zusicherung die Erfüllungstheorie anzuerkennen. Nunmehr sind die zu Gunsten der Gewährleistungstheorie sprechenden Gesichtspunkte zu behandeln.

1. Die Zusicherung beruht auf einer durch dispositives Recht zugelassenen und geregelten Parteiabrede, sie bewegt sich also völlig im Gebiet der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit. Es wird daher noch in höherem Maße als bei der Interpretation der ohne Parteiabrede eingreifenden Regeln über die gesetzliche Mängelhaftung richtig sein, hier nicht nur bei der Auslegung einer einzelnen Abrede weitgehend die Parteiabsicht zu berücksichtigen, sondern auch zur Auslegung der gesetzlichen Vorschriften eine unbefangene Analyse der typischen Parteiabsicht heranzuziehen, wie dies bereits oben im § 6 V 1 für die Mängelhaftung im allgemeinen geschehen ist.

a. Da sind zunächst Fälle zu erwähnen, die man nicht unter den Begriff der Zusicherung im technischen Sinn bringen kann, Fälle, in denen der Verkäufer durch Vertrag eine inhaltlich der gesetzlichen Haftung entsprechende Gewährleistung für solche Tatbestände übernimmt, für die er an sich nicht haften würde, etwa für unerhebliche Fehler oder für Vorzüge (vgl. oben § 2 IV): die Fälle der einfachen Haftungsübernahme. Hier wirkt die Parteiberedung nur extensiv im Sinn einer Vermehrung der Haftungsgründe, nicht auch intensiv im Sinn einer strengeren Haftung des Verkäufers, während sie bei der Zusicherung bald nur intensiv, bald extensiv und intensiv zugleich wirkt (vgl. Cosack § 128 I 1, auch oben III 1 und unten b). Das Gesetz behandelt diese Abreden eigens nur für den Fall des Viehkaufs, bei dem ja im Gegensatz zu

dem gewöhnlichen Kauf nicht für alle erdenklichen Fehler, sondern nur für Hauptmängel gehaftet wird (§ 482); hier mußte dieser Fall ja besonders oft vorkommen; vgl. § 492: „Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers . . .". Diese Haftungsübernahme erzeugt keinen Schadensersatzanspruch, sondern bewirkt nur, daß für einen Tatbestand, für den sonst nicht zu haften wäre, etwa für die Zugfestigkeit des verkauften Pferdes, eingestanden werden muß, und zwar in der Art, wie sonst für Hauptmängel (s. Planck Anm. 1 a β u. γ; Oertmann Anm. 2 zu § 492; ein Beispiel bietet die Entscheidung des OLG. Nürnberg SeuffBl. 09, 37). Dieselbe Abrede muß aber auch außerhalb der Fälle des Viehkaufs getroffen werden können, obwohl das Gesetz dort nichts davon erwähnt; denn die gesetzlichen Regeln sind ja dispositiv, und die Beschränkung der Vertragsfreiheit im § 476 hat hier deshalb keinen Boden, weil die Verpflichtungen des Verkäufers erschwert werden sollen. Es hätte auch gar keinen Sinn, wenn das Gesetz die Parteien zwingen wollte, entweder auf eine Erweiterung der Haftungsgründe durch Vereinbarung, auf eine extensive Abänderung der Mängelhaftung ganz zu verzichten oder aber hiemit zugleich die Erschwerung der Haftung, die intensive Verstärkung der Gewährleistungspflicht zu bedingen; die Zwischenstufe der einfachen, nur extensiv wirkenden Haftungsübernahme muß ebenfalls als zulässig erachtet werden. Man denke an die Gruppe der unerheblichen Fehler (§ 459 Abs. 1 Satz 2): warum sollte der Verkäufer eines Fahrrads gehindert sein, dafür die Haftung zu übernehmen, daß die Firmenaufschrift auf dem Rahmen und dem Schutzblech des Fahrrads dauerhaft ist und nicht durch das Putzen unleserlich wird, mit der Wirkung, daß im Falle des Vorliegens dieses an sich nicht zu vertretenden Fehlers zwar Wandlung oder Minderung, nicht aber Schadensersatz verlangt werden könnte? Warum sollte ferner der Käufer einer Taschenuhr nicht vom Verkäufer die Übernahme der Haftung ohne Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung dafür begehren können, daß die Uhr statt 30 Stunden eine Woche lang ohne Unterbrechung geht? In diesen Fällen der Haftungsübernahme liegt im Grunde nichts vor, als eine Zusicherung unter Verzicht auf den Schadensersatzanspruch. Da freilich das Gesetz diese Fälle für den Regelfall des Kaufs nicht eigens behandelt, werden sie hier in ihrer reinen Form — d. h. abgesehen von

den so zu konstruierenden Angaben (§ 2 IV) — verhältnismäßig selten vorkommen; der Verkäufer wird eben, ohne sich über die Rechtsfolgen klar zu sein, das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft, die Abwesenheit des Fehlers bestimmt behaupten oder wohl gar, obwohl der Zweck der Parteien durch eine Haftungsübernahme erfüllt wäre, ausdrücklich dafür garantieren, und man wird dann eine Zusicherung annehmen müssen (vgl. § 2 II, III). Immerhin sind solche einfache Haftungsübernahmen auch auf diesem Gebiet, nicht bloß auf dem des Viehkaufs denkbar.

Diese Fälle der gewillkürten Haftungsgründe können für unsere Streitfrage ohne weiteres den Fällen der gesetzlichen Mängelhaftung angereiht werden. Bei der völligen Gleichheit der Rechtswirkung kann man eine verschiedene Konstruktion unmöglich annehmen. Es wäre höchst sonderbar, wenn eine Parteiabrede, die nichts bezweckt, als einen besonderen Tatbestand in seinen Wirkungen den gesetzlichen Haftungsgründen gleichzustellen, nun, ihrer selbst unbewußt, eine darüber hinausgehende Wirkung, eine Erfüllungspflicht, erzeugen würde. Die Parteiabsicht wird also hier ebenfalls nicht auf die Statuierung einer Erfüllungspflicht gerichtet sein (vgl. § 6 V 1).

b. In den Fällen der Zusicherung im technischen Sinn handelt es sich entweder um eine nur intensive Verstärkung der Mängelhaftung (s. oben III 1 und a), um die Beifügung des Schadensersatzanspruchs zu den ohnehin schon bestehenden ädilizischen Ansprüchen; so im Falle der Zusicherung der Schwammfreiheit eines Hauses, oder im Fall der Garantie, daß das Pferd nicht koppe (§§ 490 Abs. 1 Satz 1, 492); dies sind die Fälle, in denen die Abwesenheit eines ohnehin zu vertretenden Fehlers zugesichert wird. Oder aber es handelt sich um eine intensive und extensive Verstärkung der Mängelhaftung; es wird etwa die Abwesenheit eines Fehlers zugesichert, der unerheblich oder kein Hauptmangel ist und deshalb ohne besondere Vereinbarung nicht zu vertreten wäre, z. B. es wird garantiert, daß ein Pferd kein Schläger sei, daß in einem Buch keine Druckfehler seien; oder es werden Vorzüge zugesichert: ein Pferd sei vollkommen zugeritten; ein Spazierstock, den der Antiquitätenhändler zum Kauf anbietet, sei im Besitz und Gebrauch Friedrichs des Großen gewesen.

Die in solchen Fällen in der Regel (vgl. § 2 II) allein vorliegende Versicherung: „Die Sache hat bestimmt diese oder jene Eigenschaft“ ist juristisch nicht faßbar; im Gebiet der

Schuldverhältnisse werden alle Willenserklärungen der Parteien, die Pflichten begründen sollen, dahin zu interpretieren sein, daß eine Leistung (§ 241), der einzig mögliche Inhalt eines Schuldverhältnisses, versprochen wird. Der Sinn der Zusicherung ist nun der: „Sie können sich darauf verlassen, daß die Sache diese Eigenschaften hat" und dies wieder bedeutet, daß der Versprechende für das Vorhandensein der Eigenschaft einstehen wolle und, falls der Käufer sich darauf verlasse, und sein Vertrauen getäuscht werde, ihm den daraus entstehenden Schaden ersetzen wolle; der Verkäufer kann ja auch — gleichbedeutend mit den oben angegebenen Formulierungen — erklären: „Ich garantiere Ihnen für die und die Eigenschaft, ich stehe für ihr Vorhandensein ein." Noch deutlicher: „Ich werde Ihnen allen Schaden ersetzen, den Sie erleiden, falls die Eigenschaft fehlt", wird die Zusicherung wohl kaum jemals formuliert werden (vgl. über die affirmative und die negative Fassung der Zusicherung Bechmann 1 § 47 Note 1). *Somit ist als Inhalt der Zusicherung die Übernahme einer Schadensersatzpflicht gewollt.* Diese Absicht legen auch die Materialien den Parteien unter, wenn sie von einem „Garantieversprechen" reden, von einem „Versprechen, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte" (s. oben II).

Dagegen wird der Inhalt dessen, was der Verkäufer zu liefern verspricht, nach der Parteiabsicht durch die Zusicherung nicht erweitert; die Lieferung dieser individuellen Sache und nicht mehr hat der Verkäufer im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft ebenso versprochen, wie im Falle der gesetzlichen Mängelhaftung (Wolff S. 6 Note 1, Friedberg S. 26). Völlig fern liegt den Parteien in den hier allein zu behandelnden Fällen der typischen Zusicherung der Gedanke, daß der Verkäufer sich verpflichtet, die Eigenschaft zu beschaffen, falls sie nicht vorhanden sein sollte; dies ergibt sich schon daraus, daß in manchen dieser Fälle, z. B. bei dem Verkauf des Spazierstocks, die nachträgliche Beschaffung der Eigenschaft, wenn sie fehlt, unmöglich ist; insoweit kann also eine Verschaffungspflicht der Parteiabsicht sicher nicht entsprechen, denn niemand wird sich verpflichten, eine, wie er weiß, unmögliche Leistung zu machen, niemand wird ein Versprechen anzunehmen geneigt sein, von dem er weiß, daß seine Erfüllung dann unmöglich ist, wenn der Fall, in dem sie verlangt werden könnte, praktisch wird. Ebenso würde man der Parteiabsicht Zwang antun,

wenn man annehmen wollte, daß der Verkäufer sich verpflichtet, die Sache zu liefern, aber nur mit der zugesicherten Eigenschaft; die Pflicht zur Leistung der Sache und die zur Verschaffung der Eigenschaft wären also zu einer einheitlichen Obligation zusammengeschlossen; dieser Gedanke, konsequent weitergeführt, müßte ergeben, daß der Käufer im Falle der Unmöglichkeit der nachträglichen Beschaffung dieser Eigenschaft überhaupt keine Ansprüche hätte; der Kauf wäre gewissermaßen von dem Vorhandensein der Eigenschaft abhängig gemacht (s. § 3 I); man hätte also das Resultat, daß der Käufer, dessen Interessen doch das ganze Institut der Mängelhaftung und ganz besonders die von ihm verlangte Zusicherung dienen soll, in diesem Fall rechtlos gestellt wäre, daß er auch bei freiwilligem Verzicht auf die Eigenschaft die Lieferung der Sache nicht verlangen könnte; er würde also gerade durch die Zusicherung seine Lage verschlechtern. Dieses Resultat, das hier nicht etwa aus juristischen Gesichtspunkten, sondern aus der von der Erfüllungstheorie unterstellten Parteiabsicht abgeleitet wird, entspricht den wirklichen Intentionen der Parteien sicher nicht. Im Zweifel und für die Regelfälle kann man diese Gestaltung also unmöglich annehmen (vgl. im übrigen § 3 I).

Diesem Ergebnis, daß die Annahme der Erfüllungspflicht auch bei der Zusicherung der Parteiabsicht widerstreiten würde, kann man auch nicht mit dem Hinweis darauf entgegentreten, daß das Volk und besonders der Kaufmann, wenn die zugesicherte Eigenschaft fehlt, *von nicht vertragsmäßig beschaffener Ware, von kontraktwidriger Ware* sprechen; einmal werden diese Ausdrücke zumeist angewendet auf den Gattungskauf, wo in der Tat ein Mangel und besonders das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft die Erfüllungspflicht des Verkäufers verletzt, wo mangelhafte Ware nicht lieferbar ist; dann aber lassen sie sich, auch wenn man sie auf den Spezieskauf anwenden wollte, sehr wohl so verstehen: die mangelhafte Ware ist insofern kontraktwidrig, als sie das Vertragsverhältnis nicht zu Ende führt, die Gewährleistungsansprüche erzeugt; sie ist nicht vertragsmäßig beschaffen, denn sie widerspricht der vertragsmäßigen (§ 4) Zusicherung. Daß der Verkehr mit dem Ausdruck sagen wolle, mit solcher Ware könne man nicht erfüllen, sie sei nicht lieferbar, das läßt sich nicht behaupten.

Weder in den Fällen der Haftungsübernahme, noch in jenen der echten Zusicherung entspricht also die Erfüllungstheorie der typischen Parteiabsicht.

2. Aus der Erfüllungstheorie ergeben sich aber auch, wenn man sie auf die Zusicherung anwendet, vom juristischen Standpunkt aus unhaltbare Folgerungen.

a. Bei unbehebbaren Mängeln und bei nicht herstellbaren Eigenschaften muß die Erfüllungstheorie auch hier Unmöglichkeit der Leistung annehmen: wenn in dem konkreten zu liefernden Buch der Zusicherung zuwider ein Druckfehler ist, dann ist es von Anfang an objektiv unmöglich, dieses Buch als druckfehlerfreies zu liefern; wenn der individuelle Spazierstock nicht im Besitz Friedrich des Großen gewesen ist, so ist es unmöglich, diese Eigenschaft an dem Objekt herzustellen. Bezüglich dieses wichtigsten Arguments gegen die Erfüllungstheorie kann auf die obigen Ausführungen (§ 6 V 2 a) Bezug genommen werden.

b. Weiter führt die Erfüllungstheorie auch hier, wie das oben (§ 6 V 2 b) für die gesetzliche Mängelhaftung dargelegt worden ist, bei behebbaren Fehlern, deren Abwesenheit, und bei herstellbaren Eigenschaften, deren Vorhandensein zugesichert ist, zu einem Anspruch des Käufers auf Mängelbeseitigung.

Ein solcher Anspruch besteht aber tatsächlich auch im Falle der Zusicherung nicht. Wird die Sache von dem Käufer zurückgewiesen, und Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung des Vertrags verlangt, so ist klar, daß der Käufer nicht in einem Atem Mängelbeseitigung beanspruchen kann; er will ja die Sache wegen des Mangels nicht annehmen oder nicht behalten; er hat also kein Interesse an der in unseren Fällen möglichen Herstellung von Mangelfreiheit. Nimmt er aber die mangelhafte Sache an und will er sie behalten, so kann er Ersatz des durch den Mangel entstehenden Schadens verlangen. Dabei ist es für unseren Gedankengang gleichgültig, ob man ihm das zuerst erwähnte Recht mit dem Reichsgericht (53,89, s. auch 52, 356; 54, 80 (81); 66, 285, JW. 02 Beil. S. 235 Nr. 110, ebenso Staudinger Anm. 8 zu § 463, Staub Anm. 87 zu § 377, Staub DJZ. 03, 388) wahlweise neben dem zweiten in allen Fällen gewähren will, oder ob der Käufer zunächst nur das Recht haben soll, Ersatz des durch den Mangel erwachsenen Schadens zu verlangen, während ihm das weitergehende Recht auf Ersatz des Schadens, wie wenn nicht erfüllt worden wäre, nur dann zustehen soll, wenn die mangelhafte Sache für ihn kein Interesse hat (so Planck Anm. 4 zu § 463, Stamm S. 53, Windscheid-Kipp S. 700, wohl auch Oertmann Anm. 5 zu

§ 463, insb. Abs. 2 („ausnahmsweise"), Crome § 222 II bei Note 112, Kipp S. 228). Unerheblich wäre es für die im folgenden zu entwickelnde Gedankenreihe auch, wenn jemand nur den Anspruch auf Ersatz des durch den Mangel entstehenden Schadens gewähren und in keinem Falle den Schadensersatzanspruch wegen vollständiger Nichterfüllung eintreten lassen wollte (so Schollmeyer S. 98 Note 1, Wolff S. 55,84). Die weiter noch denkbare vierte Meinung, daß der Käufer nur Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung verlangen könnte, ist, soweit ersichtlich, von keiner Seite vertreten worden.

Der demgemäß in allen hieher gehörenden Fällen bestehende Schadensersatzanspruch wegen des Mangels geht aber nun in keinem Fall auf Beseitigung des Fehlers oder auf Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft, *er ist vielmehr stets ein Geldanspruch* (Schollmeyer S. 98 Note 1, Wolff S. 55, Oertmann Anm. 5 a zu § 462, Crome § 220 4 a u. 4 b Note 30, Friedberg S. 30; vgl. auch RG. 66,61 (71); a. M. Planck a. a. O., Stamm S. 51, 53, Windscheid-Kipp S. 700 lit. c; Staudinger u. Staub schweigen, ebenso Kipp; vgl. auch RG. 50, 188: auf Grund der Zusicherung und der Arglist war eventuell geklagt worden auf ordnungsmäßige Instandsetzung des übermäßig feuchten Hauses; der Antrag ist später geändert worden, sodaß über ihn nicht entschieden werden konnte). Der eben ausgesprochene Satz läßt sich zwar nicht mit Schollmeyer so begründen, der zum Ersatz verpflichtende Umstand im Sinn des § 249 sei die Zusicherung, nicht etwa das Vorhandensein des Fehlers oder die Abwesenheit der Eigenschaft; denn zum Ersatz verpflichtet eben doch nicht die Zusicherung allein, sondern die Zusicherung im Zusammenhang mit dem ebenfalls wesentlichen, ja noch wesentlicheren Vorhandensein des Mangels (ganz wie hier RG. JW. 02 Beil. S. 239 Nr. 121); wenn also der Verkäufer den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der Mangel nicht vorhanden wäre, so hat er allerdings nach dem Wortlaut des Gesetzes den Mangel zu beseitigen. Allein diese Annahme verbietet sich hier aus praktischen Rücksichten (Crome § 220 4 a): der Verkäufer, den das Gesetz sich als Privatmann oder als Händler, nicht als Handwerker vorstellt, ist auf eine Reparatur der von ihm verkauften Sache nicht eingerichtet; zudem ist der Erfolg einer Reparatur unsicher und das ganze Verhältnis drängt auf eine endgültige Lösung und Klarstellung. Dazu kommt, daß das Gesetz in allen Fällen, wo es einen Schadensersatzanspruch

wegen Nichtherstellung eines zunächst herzustellenden Erfolgs u. dgl. gewährt, den Anspruch auf Herstellung in natura, auch soweit er unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes begründet werden könnte, ausschließt. Das Gesetz will es in solchen Fällen dem vertragstreuen Kontrahenten ermöglichen, sich definitiv aus den Beziehungen mit dem lässigen Kontrahenten zu lösen; da hätte es keinen Sinn, ihm trotzdem zuzumuten, daß er das, was er bisher hätte gemäß dem Vertrag bekommen sollen, dessen Verzögerung ihm nun die endgültige Lösung des Verhältnisses ermöglichen soll, wieder unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangen solle. In einer Reihe von Fällen ist der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs ausdrücklich angeordnet, so im § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 und im § 283 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2; in anderen Fällen fehlt eine solche Bestimmung, z. B. im § 280 Abs. 1; dennoch wird auch für diese Fälle der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs und damit der Naturalrestitution anzunehmen sein; so z. B. für § 280 im Falle der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit die Mehrheit der Schriftsteller (Staudinger Anm. 2a zu § 280 und die dort Zitierten, besonders Kisch S. 123, 127; dagegen Planck Anm. 3, anscheinend auch Oertmann Anm. 2 zu § 280; Planck ist insofern inkonsequent, als er (Anm. 1 zu § 283) für den Fall des § 283 den Anspruch auf Naturalrestitution versagen will, obwohl auch in diesem Fall § 249 Anwendung findet; er muß also doch aus inneren Gründen von dem Prinzip der Naturalrestitution Ausnahmen zulassen; da wird es nicht richtig sein, diese Ausnahmen, wie Planck will, auf die Fälle zu beschränken, wo das Gesetz ausdrücklich den Erfüllungsanspruch ausschließt). Wort und Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung sind eben dem Erfüllungsanspruch so konträr, daß hier aus inneren Gründen eine Ausnahme von dem Prinzip der Naturalrestitution (§ 249) gemacht werden muß; der an sich aus § 249 herzuleitende Anspruch auf Naturalrestitution, in unserem Fall also der Mängelbeseitigungsanspruch, muß als ausgeschlossen erachtet werden.

Demnach ist der Käufer im Fall des § 463 Satz 1 nicht befugt, Beseitigung des Mangels oder Herstellung der fehlenden Eigenschaft zu verlangen. Da nun die Erfüllungstheorie, wie oben ausgeführt, den Anspruch des Käufers auf Beseitigung des Mangels im gegebenen Fall nicht wird vermeiden

können, steht sonach ein wichtiges Resultat der Erfüllungstheorie mit der wirklichen Rechtslage im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft nicht im Einklang; so ergibt sich, daß der Ausgangspunkt jenes Resultats, eben die Erfüllungstheorie, unrichtig sein muß.

Wollte man übrigens mit Planck, Stamm, Windscheid-Kipp den Anspruch auf Beseitigung des Mangels oder auf Herstellung der fehlenden Eigenschaft als Ausfluß des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung geben, so könnte man das Rechtsverhältnis doch nicht als Argument für die Erfüllungstheorie gelten lassen. Der Mängelbeseitigungsanspruch würde sich aus dem Schadensersatzanspruch auf Grund des Prinzips der Naturalrestitution (§ 249) ergeben; man brauchte zu seiner Erklärung nicht die Annahme, daß der Käufer einen Anspruch auf Lieferung der zugesicherten Eigenschaft habe. Allerdings würde das oben (§ 6 V 2 b) für die Fälle der gesetzlichen Gewährleistung angegebene Argument für den Fall der Zusicherung nicht wiederholt werden können; indessen wäre die Gewährleistungstheorie schon durch andere Erwägungen auch für den Fall der Zusicherung hinreichend gestützt, insbesondere wäre es ausgeschlossen, für den Fall der Unmöglichkeit nachträglicher Beschaffung der Eigenschaft oder nachträglicher Fehlerbeseitigung die Erfüllungstheorie zu verwerfen, wie das oben lit. a geschehen ist, für den Fall der behebbaren Fehler und der verschaffbaren Eigenschaften aber an ihr festzuhalten: die gleiche Parteiberedung kann für beide Fälle nicht verschieden konstruiert werden.

V. Was das gemeine Recht angeht, so ist den Ausführungen im § 6 VI nur noch folgendes beizusetzen: die der Zusicherung charakteristische Schadensersatzklage wurde gemeinrechtlich als actio emti bezeichnet (Stamm S. 16); man könnte also eine besonders enge Beziehung dieses Schadensersatzanspruchs zu dem Kaufvertrag anzunehmen geneigt sein, etwa in der Art, daß der Schadensersatzanspruch an die Stelle eines aus dem Vertrag entspringenden Erfüllungsanspruchs tritt: dies würde dann in der Tat auf die Erfüllungstheorie für den Fall der Zusicherung hindeuten. Vgl. die Äußerung Stamms S. 17 („der Käufer hat ein Recht, zu verlangen, daß die Sache in der Güte geliefert wird, die der Verkäufer versprochen hat"), ähnlich Windscheid-Kipp § 395 bei Note 1; vgl. aber doch auch

Friedberg S. 5, der die actio emti nicht als Argument für die Erfüllungstheorie gelten lassen will, weil sie auch bei weitergehenden, mit dem Kaufvertrag nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Ansprüchen gegeben werde.

Andererseits ist gerade für das gemeine Recht angenommen worden, daß der Schadensersatzanspruch nur auf eine Geldleistung geht (Stamm S. 18, 23): dies spricht entschieden gegen die Erfüllungstheorie: daß der Mangel der zugesicherten Eigenschaft nur durch Geldleistungen ausgeglichen wird, verträgt sich nicht mit der Anschauung, daß der Verkäufer Mangelfreiheit zu gewähren habe, denn in diesem Fall wäre gar nicht einzusehen, warum er nicht zunächst den Mangel in natura zu beseitigen haben sollte.

Dieses Argument spricht durchschlagend für die Gewährleistungstheorie auch im Falle der Zusicherung. Anderer Meinung ist Friedberg (S. 5); seine Beweisführung stützt sich darauf, daß er den in den Quellen gebrauchten Ausdruck praestare mit „liefern" übersetzt; allein praestare bedeutet gerade in erster Linie das Einstehen, das Haften (Bechmann 1 § 47 a. E.).

§ 8. Die Zusicherung als Garantievertrag.

I. Das Problem. — II. Der Garantievertrag im allgemeinen. — III. Die mit dem Kaufvertrag verbundene Zusicherung als Garantievertrag. — IV. Die gesondert vom Kaufvertrag erteilte Zusicherung als Garantievertrag. — V. Anhang: Der Rechtsgrund der gesetzlichen Mängelhaftung. —

I. Im Vorstehenden ist versucht worden, darzutun, daß die Zusicherung nicht als Erweiterung des Erfüllungsanspruchs aufgefaßt werden kann; der zusichernde Verkäufer verflichtet sich nicht, die zugesicherte Eigenschaft oder Fehlerfreiheit dem Käufer zu verschaffen oder die Sache als mangelfreie zu liefern. Die Mängelansprüche und insbesondere die Ansprüche aus einer nicht zutreffenden Zusicherung können also nicht auf ungenügende Vertragserfüllung des Verkäufers zurückgeführt werden.

So fragt es sich, wie die Zusicherung sonst etwa aufgefaßt werden kann. Es ist Aufgabe der Theorie, die Zusicherung womöglich auf irgend welches andere allgemeinere und auch sonst vorkommende Rechtsinstitut zurückzuführen.

II. Die rechtliche Analyse der der Zusicherung zu Grunde liegenden Parteiabsicht hat ergeben, daß der Sinn der Zusicherung nach natürlicher Auffassung der ist, der Verkäufer wolle, falls die Zusicherung der Wahrheit nicht entspreche, dem Käufer den daraus entstehenden Schaden ersetzen (§ 7 IV 1 b). Nimmt man dazu die oben im § 7 II wiedergegebenen Äußerungen der Materialien, und denkt man weiter an die im gewöhnlichen Leben so häufige Anwendung des Ausdrucks „Garantie" (Garantie für Echtheit, Garantie für Herkunft einer Ware von einer bestimmten Firma, Garantie für Haltbarkeit), der geradezu die üblichere Formulierung für das darstellt, was der Jurist Zusicherung nennt, so liegt es nahe, die Zusicherung, die ja vertragsmäßig erfolgt (§ 4), als einen speziellen Anwendungsfall der allgemeineren Kategorie des Garantievertrags aufzufassen, des Vertrags, durch welchen jemand eine Leistung zu machen, regelmäßig den Schaden zu ersetzen verspricht oder einem Rechtsnachteil sich unterwirft, für den Fall, daß ein beiden Teilen unerwünschter, ungewisser Erfolg gegeben sein sollte. Charakteristikum des Garantievertrags ist, daß die durch ihn begründeten Pflichten eventuelle, subsidiäre, sekundäre, bedingte sind; eine primäre, unbedingte Leistungspflicht — etwa eine Verpflichtung, den Eintritt des Erfolgs zu verhindern — übernimmt der Garant nicht. Dieser Garantievertrag käme als Nebenvertrag (§ 5 I, II) zu dem Kaufvertrag hinzu. Für diese Auffassung der Zusicherung als Garantievertrag scheint sich in der Tat Wolff (S. 45) ausgesprochen zu haben.

Bedenken hiegegen sind, soweit ersichtlich, von Seite der Schriftsteller, welche sich mit der Gewährleistung für Sachmängel befassen, nicht geäußert worden, wennschon kaum einer von ihnen die Zusicherung ausdrücklich als Garantievertrag bezeichnet; dagegen haben diejenigen Schriftsteller, welche den Garantievertrag behandeln, öfter den Versuch gemacht, den Begriff in einer Weise einzuschränken, daß die Zusicherung von ihm ausgeschlossen sein würde; freilich haben diese Schriftsteller hinwiederum sich mit der Zusicherung meistens nicht befaßt.

Den Garantievertrag fassen in dem oben definierten weiten Sinn auf, wenn auch unter im einzelnen nicht genau übereinstimmenden Definitionen Bechmann 1 § 47 (Garantieobligation als eine besondere typische Art der Schuldverhältnisse), Windscheid-Kipp § 412 Nr. 2 — diese für das gemeine Recht; Planck Bem. III 2 vor § 765, Anm. 3 e zu § 676 (Ga-

rantie für die Richtigkeit eines Rates), Bem. IV 1 Abs. 6 vor § 662 (Garantieversprechen in Verbindung mit einem Auftrag), Anm. 2 zu § 306 (Garantie für die Möglichkeit einer Leistung), Anm. 2 zu § 339 (Vertragsstrafe für den Fall der Unterlassung als Garantieversprechen), Anm. 1 zu § 437 (Verkauf einer nicht bestehenden Forderung), Anm. 3 zu § 339 (Garantievertrag für den Fall, daß ein Dritter eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt), Staudinger Bem. 6 b vor § 765, Bem. 4 zu § 306, Staub Anm. 60 zu § 349 (s. auch Anm. 4 zu § 215), Goldmann-Lilienthal S. 486 (Garantieübernahme für das Bestehen einer verkauften Forderung), Cosack § 159 III (Garantie für die Befriedigung einer Forderung gegen einen Dritten), Siber S. 122 und 107; auch wohl Mot. 2, 658, Prot. 2,461 (Garantie für die Bezahlung einer fremden Schuld = Bürgschaft); vgl. ferner Stammler in seinem gemeinrechtlichen Aufsatz S. 2 (Garantie für einzelne auf Vermögensverwaltung und Vermögenserwerb gerichtete Handlungen, mit denen Gefahr verbunden ist), S. 4 (Garantie für den Ausgang eines Prozesses), S. 3 (Rat zu einem geschäftlichen Unternehmen), S. 5 (Garantie des Verkäufers dafür, daß das Pferd bei dem nächsten Wettrennen siegen werde); Stammler faßt also den Begriff der auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung, von dem er (S. 1) ausgeht, sehr weit auf.

Dagegen behandeln andere Schriftsteller nur denjenigen Vertrag, durch welchen jemand das Risiko einer fremden Unternehmung unentgeltlich auf sich nimmt, deren Ausführung dadurch ermöglicht oder erleichtert werden soll; dabei wird als Unternehmung im allgemeinen ein weit ausschauendes geschäftliches Projekt größeren Umfangs, etwa eine Ausstellung, bezeichnet; die Übernahme des Risikos für andere Erfolge behandeln diese Schriftsteller nicht. So Unger (gemeines Recht), Dernburg § 292, Oertmann Anm. 2 d zu § 676 (der aber doch auch den Garantievertrag für den Fall der Unmöglichkeit der von dem Schuldner versprochenen Leistung kennt (Anm. 2 zu § 275, Anm. 2 zu § 306), ebenso den Garantievertrag für die Richtigkeit eines Rates oder einer Empfehlung (Anm. 1 a zu § 676)), Enneccerus § 417 II (freilich spricht er § 412 I und § 266 II 5 wieder von einem allgemeineren Garantieversprechen), Crome § 300, V. Ehrenberg S. 172. Alle diese Schriftsteller sprechen sich nicht ausdrücklich gegen die Möglichkeit eines Garantievertrags im weiteren Sinn aus, wie dies Wiensteín (S. 4, 5) tut (s. auch das gute Referat über den Vortrag Wiensteins von Korn Recht 07, 814).

Was die Praxis angeht, so kennt sie sehr wohl den Garantievertrag im engeren Sinn, den „Unternehmungsgarantievertrag“ und hat, wo sie ihn behandelt, natürlich keinen Anlaß, zu erörtern, ob auch ein Garantievertrag im weiteren Sinn, die Übernahme der Zufallshaftung für irgend einen Erfolg, nicht bloß für das Gelingen eines geschäftlichen Unternehmens möglich ist; so das Reichsgericht SeuffA. 55,273 in einer landrechtlichen Sache (Zeichnung für den Garantiefonds der Berliner Gewerbeausstellung), das Oberlandesgericht Braunschweig ROLG. 14,407 (Haftung aus der Zeichnung für den Garantiefonds eines Lebensversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit).

Aber weit öfter behandelt die Rechtsprechung Garantieverträge, nach welchen für irgend einen Erfolg eingestanden werden soll, so RG. 61,157 (Garantieübernahme für die Einlösung von Wechselakzepten eines Minderjährigen, vgl. dazu übrigens RG. Recht 09 Beil. Nr. 2108, wo in einem ganz ähnlichen Fall eine Bürgschaft angenommen wurde), 49,26 (stillschweigender Abschluß eines Garantievertrags zwischen dem Notar und seinem Auftraggeber dafür, daß der aufgestellte Bureauvorsteher seine Pflichten sorgfältig erfüllen werde), Gruchot 51, 935 (Zusicherung des Fortbestands einer Eigenschaft über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus und des Vorhandenseins einer anderen, zu diesem Zeitpunkt nicht vorhandenen nach dem Gefahrübergang, s. darüber auch § 14 I), Entsch. 72, 138 (selbständiger, nicht akzessorischer Gewährleistungsanspruch, Gewährleistungsversprechen, Garantieversprechen im Fall des § 438), ZRechtspfl. 06, 247 (Übernahme der Haftung dafür, daß ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück ausreichende Sicherheit biete), Gruchot 51,191 (Übernahme der Haftung für den Schaden, der aus einer Vertragsverletzung eines Dritten, dem Garantieempfänger Verpflichteten, hervorgehen könnte), LeipzZ. 1910, 80 (Möglichkeit eines Garantieversprechens des Kaufsinteressenten dahin, daß er dem Verkäufer jedenfalls für seine Auslagen aufkommen werde, wenn aus dem Kauf nichts werden sollte); OLG. Stuttgart Recht 06,619 Nr. 1472 (Garantie eines Dritten für richtige Zinszahlung durch den Schuldner). Die weitere Auffassung des Garantievertrags, nach der der Unternehmungsgarantievertrag bloß eine spezielle Art des allgemeineren Begriffs bildet, kann sich sonach auf eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts stützen.

In der Tat ist auch nicht abzusehen, was gegen die weite Fassung des Begriffs sprechen sollte. Da auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse volle Vertragsfreiheit herrscht (Staudinger Bem. I 4 vor § 241), und da ferner kein gesetzliches Verbot ersichtlich ist, dem der Garantievertrag in der weiteren Auffassung widerstreiten könnte, so muß man die Zulässigkeit dieser Abmachung, wie aller nicht gegen die guten Sitten verstoßenden Verträge behaupten. Die Anschauung Wiensteins (S. 9), daß der Parteivereinbarung nur solche Vertragsarten freigegeben werden sollten, welche vom Gesetz absichtlich oder unabsichtlich übergangen sind oder welche erst nach der Erlassung des Gesetzes sich entwickelt haben, während Verträge, die nur in einem Einzelfall vorkommen, nicht zulässig sein sollten, kann nicht geteilt werden, und hätte, wie der näheren Erläuterung, so vor allem der Begründung bedurft. Meines Erachtens kann der souveräne menschliche Wille allerdings der Art nach unbegrenzte Verpflichtungen schaffen, ohne daß nach den Gründen der Verpflichtungen weiter gefragt zu werden brauchte (vgl. RG. 72,188 (191)). Freilich, wenn eine derartige Verpflichtung in einer Beziehung den geregelten Vertragstypen sich eingliedert, z. B. schenkungsweise übernommen wird, dann sind auch die Regeln jenes Vertragstypus anzuwenden.

Im übrigen ist der Begriff des Garantievertrags, so aufgefaßt, allerdings ein ziemlich allgemeiner und unbestimmter (Wienstein S. 8) und ermöglicht in sich die verschiedensten Ausgestaltungen im einzelnen; aber ein Argument gegen die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vertragstypus ist das nicht.

Weiter erhebt Wienstein (bei Korn) das Bedenken, es bestehe Gefahr, daß man überall, wo die Bürgschaft als ungültig anzusehen sein würde, mit dem Garantievertrag auszuhelfen geneigt sein könnte. Allein wenn die Bürgschaft wegen Formfehlers ungültig ist, darf man das Geschäft natürlich nicht als einen gültigen Garantievertrag ansehen, denn dieser Spezialfall des Garantievertrags (Mot. 2,658) steht eben unter besonderen Vorschriften, denen naturgemäß genügt werden muß. Ja, man wird sogar erwägen müssen, ob nicht auch gewisse andere Fälle des Garantievertrags, bei denen ebenfalls für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten, wenn auch nicht akzessorisch, wie bei der Bürgschaft, eingestanden wird, so etwa der Fall des RG. 61, 157 sich zur analogen Über-

nahme der Formvorschrift des § 766 eignen (vgl. 72,138 (142): Garantievertrag nach § 138; die analoge Anwendung des § 776 bei einem erst nach der Zession entstandenen Nebenrecht wird abgelehnt, gleichzeitig aber eine unveröffentlichte Entscheidung mitgeteilt, in der diese analoge Anwendung bei einem schon zur Zeit der Zession bestehenden Nebenrecht anerkannt worden ist). Die Möglichkeit eines Mißbrauchs des Garantievertragsbegriffs, wie sie Wienstein andeutet, ist kein Argument gegen den Begriff selbst.

Ein durchschlagender Grund gegen den weiten Begriff des Garantievertrags läge nur vor, wenn der Begriff überflüssig wäre, wenn alle hieher gehörigen Fälle bei anderen Vertragstypen untergebracht werden könnten. Das mag bei einigen der oben angeführten Fälle wirklich zutreffen; so versucht Wienstein (S. 16) den Fall des Reichsgerichts 61, 157 mittels Wiederbelebung der Kategorie des constitutum debiti alieni einer befriedigenden Lösung zuzuführen; bei dem Fall des Oberlandesgerichts Stuttgart Recht 06,619 Nr. 1472 kann ein Bürgschaftsvertrag vorgelegen haben (vgl. RG. Recht 09 Beil. Nr. 2108). Ähnliches mag auch für Fälle zutreffen, wie sie Wienstein (S. 6) anführt: in dem Fall des angestellten Arztes, dem ein Mindesteinkommen aus der ihm gestatteten Privatpraxis garantiert wird, kann man annehmen, es handle sich um eine bedingt versprochene Gehaltserhöhung; das dem Garantievertrag charakteristische Moment der Zufallshaftung ist hier ein Teil der eigenartigen Regelung des Entgelts (vgl. den ähnlichen Fall RG. LeipZ. 09,153 und Crome § 300 Note 7); die Behauptung Stammlers (S. 7), diese Auffassung widerspreche der gesamten Intention der Beteiligten, ist doch nicht eben beweiskräftig. Was den Fall des Haussekonsortiums angeht, wie er dem Reichsoberhandelsgericht (SeuffA. 32,94) vorgelegen hat, so liegt in der Abrede, daß ein Teil der Konsortialen dem anderen Teil den Betrag ersetzen solle, um den der Kurs der Aktien am entscheidenden Tag unter 200 zurückbleibe, das Versprechen einer Gegenleistung für die Beteiligung für den Fall, daß die Spekulation nicht gelingen sollte; ein Garantievertrag liegt nicht vor. Bei anderer tatsächlicher Lage des Falles aber müßte man, wie auch das Reichsoberhandelsgericht (S. 96) angedeutet hat, ein Versprechen einer Vertragsstrafe annehmen, dann nämlich, wenn der Vertragsbrüchige, der seine Aktien vor dem festgesetzten Termin veräußert hätte, den anderen die bezeichnete Kursdifferenz zu ersetzen verspräche.

Ein solches Versprechen fällt zwar begrifflich unter den Garantievertrag — falls man aus dem Begriff das meistens vorhandene Erfordernis, daß der Garant keine primäre Leistungspflicht übernimmt, streichen und den Begriff also gegenüber der oben aufgestellten Definition noch erweitern will (vgl. Planck Anm. 2 zu § 339) —; das Versprechen würde aber, da es besonders im Gesetz geregelt ist, die Aufstellung eines eigenen Vertragsbegriffs nicht notwendig machen. Soferne in solchen Fällen mit dem Begriff des Garantievertrags operiert wird, muß man Wienstein (S. 1) recht geben, daß die Gefahr einer unzulässigen Ausdehnung des Garantievertragsbegriffs besteht. In den anderen Fällen aber wird keine Möglichkeit gegeben sein, das Sachverhältnis anders zu konstruieren; *für diese Fälle wird also der Garantievertrag Bedürfnis bleiben.* Beispielsweise wird in dem Fall des Reichsgerichts 49,26 die von Wienstein (S. 10 Note 1) vorgeschlagene Konstruktion dann völlig versagen, wenn der Notar seinem Bureauvorsteher ausdrücklich die Erteilung einer Vollmacht zur Annahme der Aufträge verweigert hat.

Man wird danach an dem umfassenderen Begriff des Garantievertrags festhalten müssen; ihm gehört neben speziell geregelten Fällen, wie die Bürgschaft (Mot. 2,658), auch eine Gruppe nicht geregelter Fälle an, aus der wieder als eine besondere Unterart der Unternehmungsgarantievertrag sich heraushebt.

III. Dem im Vorstehenden entwickelten Begriff des Garantievertrags ordnet sich die gleichzeitig mit dem Abschluß des Kaufvertrags erteilte, in diesem Sinn „verbundene" Zusicherung zwanglos unter (vgl. auch Staudinger Anm. IV 13 zu § 459 und OLG. Breslau Recht 08 Beil. 2, 9 Nr. 45 (Einstehen für die Erzielung eines Erfolgs = Zusicherung), ferner RG. 71, 173 (174)). Die Zusicherung enthält das Versprechen, Schadensersatz zu leisten, wenn die verkaufte Sache schon zur Zeit des Kaufs der garantierten Eigenschaft ermangelte, oder wenn sie zu dieser Zeit schon den Fehler hatte, dessen Abwesenheit zugesichert ist, und weiter das Versprechen, den Wandlungs- oder Minderungsvertrag abzuschließen, falls diese Tatbestände zur Zeit des Übergangs der Gefahr gegeben sein sollten. Die Mangelhaftigkeit der Sache ist ein im Augenblick des Vertragsschlusses ungewisser, beiden Teilen unerwünschter Tat-

bestand oder Erfolg im Sinne der oben gegebenen Definition. Mit der im § 7 entwickelten Ablehnung einer primären Leistungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaft stimmt die Subsidiarität der durch den Garantievertrag übernommenen Verpflichtungen vollkommen überein.

Soweit Schadensersatz versprochen wird, haben wir es mit der regelmäßigen Wirkung eines Garantievertrags zu tun (vgl. § 7 IV 1 b und oben II); es handelt sich um einen inhaltlich unbeschränkten Garantievertrag. Allein auch soweit die ädilizischen Ansprüche in Frage kommen, liegt ein wenn auch inhaltlich nur beschränkter Garantievertrag vor; es kann Wolff (S. 44) nicht zugegeben werden, daß zum Wesen der Garantie das vollständige Einstehen für das Vorhandensein der garantierten Eigenschaft gehöre, also die Übernahme der Schadensersatzpflicht; gewiß ist das die Regel; allein so gut die Parteiabrede die Schadensersatzpflicht etwa durch eine Höchstgrenze einschränken kann, ebensogut kann sie an die Stelle des Schadensersatzes eine andere Leistung setzen. Es ist daher nicht nötig, zur Erklärung des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs das argumentum a majori ad minus anzuwenden; dies wäre auch bedenklich, weil wenigstens die Wandlung nicht unbedingt das minus gegenüber dem auf Geldleistung gerichteten Anspruch auf Schadensersatz darstellt, selbst nicht gegenüber dem Anspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, sondern vielmehr etwas anderes. Übrigens bedarf der Anspruch auf Wandlung und Minderung nur da der hier versuchten Erklärung durch die Annahme eines beschränkten Garantievertrags, wo die Wirkung der Zusicherung extensiv und intensiv (vgl. § 7 IV 1 b) zugleich ist; im anderen Fall, wo die Wirkung der Zusicherung nur die Erzeugung des Schadensersatzanspruchs ist, ist er ja schon durch die gesetzliche Gewährleistung gedeckt.

Von den — außer ihr selbst — im geltenden Recht speziell geregelten Arten des Garantievertrags gehört die Zusicherung keiner an. Für die Bürgschaft fehlt vor allem die Dreiheit der Personen. Für die Vertragsstrafe — wenn man sie dem Garantievertragsbegriff unterordnen will (s. oben II g. E.) — fehlt es daran, daß der Verkäufer weder die Nichterfüllung oder nichtgehörige Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit (§ 7!), noch auch die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung durch ihn als Bedingung der versprochenen Leistungen setzt (§§ 339, 342, 343

Abs. 2). Da die Zusicherung auch nicht den oben gekennzeichneten Begriff des Unternehmungsgarantievertrags erfüllt — denn der Kauf einer Sache kann nicht als Unternehmung in dem dort angegebenen Sinn aufgefaßt werden —, muß man sie als einen selbständigen Anwendungsfall des Garantievertrags im allgemeinen auffassen; dieser Spezialfall ist ebenso wie z. B. die Bürgschaft wegen seines häufigen Vorkommens im Rechtsleben vom Gesetz dispositiv geregelt.

Dieser Auffassung ist entgegengehalten worden, die Zusicherung stelle nur eine besondere Ausgestaltung des Kaufvertrags dar, mit dem sie verbunden ist, ein unselbständiges Gewährleistungsversprechen (Stammler S. 5), wie dies Wienstein mit Recht bezüglich der Garantie des Mindesteinkommens eines angestellten Arztes annimmt (Wienstein S. 6 und oben II g. E.). Nach der formellen Seite wurde dies schon oben (§ 5 III) bestritten, materiell aber ist gewiß richtig, daß die gesetzliche Mängelhaftung des Verkäufers extensiv und intensiv oder auch nur intensiv durch die Zusicherung erweitert wird, daß also insofern die Vertragspflichten des Verkäufers eine besondere Ausgestaltung erfahren; allein dies kann kein Hindernis darstellen, den an sich zutreffenden Begriff des Garantievertrags auf diese Vereinbarung anzuwenden. Auch Stammler (S. 9) nimmt an, daß die Zusicherung einer Eigenschaft eigentlich unter den Begriff des Garantievertrags falle; er geht von dem Beispiel aus, daß der Verkäufer eines Pferds dafür einzustehen verspricht, daß dieses fähig sei, in der Stunde so und so viel Meilen zurückzulegen; er scheidet aber derartige Fälle, die er „unselbständige Gewährleistungsversprechen" nennt, von dem Begriff des Garantievertrags aus, weil die Übernahme der Haftung in solchem Fall ein integrierender Bestandteil des Hauptvertrags sei, weil sie nur im Rahmen und zum Zweck des Hauptvertrags erfolge. Allein dies mag die Kategorie des unselbständigen Garantievertrags rechtfertigen, aber dazu berechtigt es nicht, diese Fälle nun nicht mehr als Garantievertrag anzuerkennen; daß der Garantievertrag ein selbständiger Vertrag sei (Stammler S. 5), ist doch wohl eine petitio principii. Es ist eben nicht richtig, daß schon an sich für eine Gefahr dieser Art nach dem Hauptvertrag gehaftet werden müßte, und daß nur die Stärke dieser Haftung durch das unselbständige Gewährleistungsversprechen bestimmt würde: der Verkäufer haftet ohne die Zusicherung nicht für

den Schaden und er haftet, wenn die Zusicherung — wie regelmäßig — auch die extensive Wirkung hat, nicht einmal für das Vorhandensein der Eigenschaft. Die Sachlage ist ganz anders als in dem Fall des angestellten Arztes: man wird keine Verkäuferpflicht nennen können, die durch die Zusicherung nur anders als gewöhnlich geregelt würde, vielmehr werden neue, eigenartige Pflichten begründet. Die engen Beziehungen zwischen dem Hauptvertrag und der Zusicherung können den an sich zutreffenden Begriff nicht aufheben, wenn sie auch eine gesonderte Behandlung dieser Garantieverträge und wohl auch ihre Ausscheidung aus einer Abhandlung über den Garantievertrag im allgemeinen rechtfertigen mögen. Die Wirkungen dieser Vertragsverbindung, die aber durchaus nicht einer Absorption des Nebenvertrags durch den Hauptvertrag gleichstehen, sind an anderer Stelle behandelt (§ 5). Der Fall des Nebenvertrags steht zu der einfachen individuellen Ausgestaltung des abstrakten Schemas ebenso im Gegensatz wie zu den gemischten Verträgen, bei welchen Elemente mehrerer Vertragstypen eine Verschmelzung zu einem neuartigen Ganzen eingehen (s. § 5 I). Wiensteins Polemik gegen eine Möglichkeit von solchen Mischbildungen (S. 5), die er nur bei Verträgen zulassen will, welche längst in ihrer Besonderheit erkannt sind, trifft also unseren Fall gar nicht; überdies hat das Rechtsleben doch auch sonst nie darauf gewartet, ob die Theorie einen Vertragstypus oder ein Institut bereits ausgebildet hatte; man denke etwa an die Tarifverträge.

Ein weiteres Bedenken gegen die Annahme eines Garantievertrags ist folgendes: die „verbundene" Zusicherung wird von der Entgeltlichkeit des Kaufvertrags umfaßt; wie die gesetzliche Mängelhaftung des Verkäufers, so wird auch die Zusicherung durch den Kaufpreis abgegolten, der vielleicht gerade mit Rücksicht auf die erweiterte Haftung des Verkäufers höher gegriffen ist; dies gilt auch in den Fällen, wo für die Zusicherung nicht ein Teil des Kaufpreises als Risikoprämie vertragsmäßig ausgeschieden ist, was ja immerhin auch denkbar wäre. Wenn nun mit Recht für den Begriff des Garantievertrags Unentgeltlichkeit verlangt wird, so würde dies die Konstruktion der verbundenen Zusicherung als Garantievertrag unmöglich machen. Allein der Ansicht dieser Schriftsteller (Stammler S. 1, 5, wohl auch Wienstein) kann nicht beigetreten werden. Vielmehr muß die Zulässigkeit einer Vergütung für die Übernahme der Garantie behauptet werden (so Dern-

burg § 292 für den Unternehmungsgarantievertrag: eine Vergütung sei nicht wesentlich, V. Ehrenberg LeipzZ. 07, 172 (meist unentgeltlich), Crome § 300 bei Note 3, Braunschweig RÖLG. 14, 407 (Verzinsung und Rückzahlung der zum Garantiefonds gezahlten Beträge)). In der Tat ist nicht abzusehen, warum für die Übernahme des Risikos eine Entschädigung nicht sollte gewährt werden können; der Vertrag wird dadurch noch nicht zu einem Versicherungsvertrag, der mit Ausnahme des Seeversicherungsvertrags einen planmäßigen Großbetrieb auf Seite des Versicherers voraussetzt (Josef Anm. 1 zu § 1 VVG., V. Ehrenberg LeipzZ. 07, 174).

IV. Die Zusicherung kann aber auch — was freilich recht selten vorkommen wird — *gesondert vom Kaufvertrag*, also nach seiner Perfektion erteilt werden; dem Käufer fällt nachträglich ein, daß er noch auf eine Eigenschaft der Kaufsache besonderes Gewicht legt; der Verkäufer, statt an dem abgeschlossenen Kaufvertrag festzuhalten, wozu er ja berechtigt wäre, ergänzt diesen, indem er auf das Verlangen des Käufers eingeht und die Zusicherung abgibt (s. § 5 II Abs. 2). Diese „gesonderte" Zusicherung ist *unentgeltlich* erteilt; es wäre ungemein gekünstelt, etwa eine nachträgliche Änderung des Kaufvertrags dahin anzunehmen, daß der Kaufpreis entsprechend herabgesetzt und zu dem freiwerdenden Teil als Entgelt für die Zusicherung bestimmt werde. Diese Unentgeltlichkeit steht dem Begriff des *Garantievertrags* nicht entgegen: die Literatur ist ja darüber einig, daß der Garant meistens keine Entschädigung bekommt. Im übrigen treffen die Erwägungen, aus denen die verbundene Zusicherung dem Begriff des Garantievertrags unterstellt wurde, auch auf die gesonderte Zusicherung zu.

Dagegen erhebt sich für unsere Fälle das Bedenken, ob nicht die gesonderte Zusicherung ein *Schenkungsversprechen* darstellt und demgemäß der Form des § 518 bedarf. Wäre dies so, dann könnte man die gesonderte Zusicherung nicht auch gleichzeitig dem Garantievertragsbegriff unterstellen; denn die Schenkung ist ebenso wie der Garantievertrag ein „einzelnes Schuldverhältnis", nicht etwa eine allgemeinere Kategorie, die auf die verschiedensten Schuldverträge anwendbar ist, wie etwa die Kategorie der Verträge zu Gunsten Dritter (§§ 328 ff.). Wie ein Rechtsgeschäft — von den hier nicht in Frage kommen-

den negotia mixta (§ 5 I) abgesehen — nur entweder ein Kauf oder eine Schenkung sein kann, ebenso kann es nur entweder eine Schenkung oder ein Garantievertrag sein, nicht beides zugleich.

Die Zusicherung begründet eine durch das Vorhandensein des Mangels bedingte Forderung des Käufers gegen den Verkäufer auf Schadensersatz oder auf den Abschluß des Wandlungs- oder Minderungsvertrags; es kommt also das Schenkungsversprechen in Frage, nicht die Real- oder Handschenkung (vgl. Planck Anm. 2 Abs. 5 zu § 516). Die Forderung verbessert die Vermögenslage des Käufers, der ohne die Zusicherung diese Ansprüche eben nicht hätte, und bereichert also diesen; sie ist demnach eine bereichernde Zuwendung (Oertmann Anm. 1 a zu § 516); ferner vermindert die Begründung dieser Forderung das Vermögen des Verkäufers, der, von der Zusicherung abgesehen, diese Verpflichtung nicht hätte, es ist also eine Zuwendung „aus seinem Vermögen". Beide Teile sind in den hier unterstellten Fällen darüber einig, daß mit der Begründung der Forderung des Käufers weder die Erlangung irgend einer Gegenleistung oder des Anspruchs auf eine solche bezweckt wird, noch eine Verbindlichkeit des Verkäufers erfüllt werden soll (vgl. Planck Anm. 3 zu § 516). Damit sind die Begriffsmerkmale des Schenkungsversprechens (§§ 516 Abs. 1, 518 Abs. 1 Satz 1) erschöpft.

Dagegen kann man nicht einwenden, daß sowohl die Bereicherung des Versprechensempfängers als auch die Vermögensschmälerung des Zusichernden nur bedingt sind und vielleicht nicht in Wirksamkeit treten, nämlich dann, wenn der Mangel nicht vorhanden ist. Das hindert nicht, daß im Augenblick des Vertragsschlusses doch der eine mehr Rechte, der andere mehr Verpflichtungen hat, als ohne die Zusicherung. Niemand wird ja bezweifeln können, daß auch ein bedingtes Schenkungsversprechen den Begriff der Schenkung erfüllt.— Auch der Gesichtspunkt kann nicht herangezogen werden, daß eine Sicherung, die der Schuldner seinem Gläubiger gewährt, keine Bereicherung des letzteren darstellt, außer wenn die Forderung, der sie hinzutritt, ganz wertlos ist (Forderung gegen eine vermögenslose Verlassenschaft (Prot. 2, 8); vgl. Oertmann Anm. 1 b zu § 516, wohl auch Planck Anm. 2, Staudinger Anm. 4 zu § 517); denn der Gläubiger solle nicht mehr erhalten, als er ohnehin zu beanspruchen habe, er erhalte nur eine besondere Gewähr dafür, daß die bereits bestehende Verpflichtung erfüllt

werde; seine Ansprüche vermehrten sich zwar formell, aber die beiden Ansprüche seien derart von einander abhängig, daß nur einmal zu erfüllen sei. Diese Erwägungen treffen hier nicht zu, denn es ist nicht an dem, daß der Gläubiger hier ohnehin schon die Eigenschaft oder — bei nur intensiver Wirkung der Zusicherung — den Schadensersatz verlangen kann und nur noch eine akzessorische Sicherung dieser Verpflichtung erhält, vielmehr wird eine Verpflichtung des Schuldners neu begründet. Es liegt also stets eine Bereicherung des Käufers vor, nicht etwa nur in dem Fall, wo ausnahmsweise das Zutreffen der Zusicherung nicht anzunehmen ist. Die Fälle der Sicherung und der gesonderten Zusicherung stehen sich darin gleich, daß die neu übernommene Verpflichtung des Schuldners nur subsidiär sein soll, daß auf ihr Praktischwerden nicht gerechnet wird; aber sie sind darin verschieden, daß der Grund dieser Annahme im einen Fall die Erwartung ist, der Schuldner werde, wie er muß, erfüllen, im andern Fall die rein tatsächliche Überzeugung von der Mangellosigkeit der Sache. Die Bereicherung ist deshalb im einen Fall zu verneinen, im andern Fall anzunehmen. Dies gegen Stammler S. 52. — Der Begriff der Schenkung wird nach der herrschenden Meinung, der man bei der Fassung des Gesetzes nicht wird entgegentreten können, auch dadurch nicht aufgehoben, daß der Verkäufer bei Abgabe der Zusicherung nicht die Absicht gehabt hat, den Empfänger des Versprechens zu bereichern, daß ihm der animus donandi, die Absicht der „Liberalität" gefehlt hat (vgl. Planck Anm. 3 Abs. 4, Oertmann Anm. 5 b, Staudinger Anm. I 1 c zu § 516, RG. 72, 188 (191); a. M. Neumann Gruchot 45, 508); wenn auch die Zusicherung in egoistischer Absicht, im eigenen Interesse des Verkäufers abgegeben sein mag, z. B. um den Käufer für künftige Geschäftsabschlüsse geneigt zu machen, um ihn von der Kulanz des Verkäufers zu überzeugen, so wird dadurch der Begriff der Schenkung sowenig ausgeschlossen, wie wenn der Krämer dem Kind, das im Auftrag seiner Mutter etwas bei ihm gekauft hat, noch irgend eine Kleinigkeit schenkt, damit es, wenn es wieder einen Auftrag erhält, zu ihm und nicht zu seinem Konkurrenten geht. Ein Entgelt stellen diese von dem Versprechenden erwarteten Vorteile nicht dar, denn zum Entgelt, wie weit man seinen Begriff auch fassen mag (RG. Recht 07, 1065 Nr. 2538 und insbes. Celle ROLG. 8, 75), gehört doch immer eine rechtliche Verpflichtung des anderen Teils; es genügt nicht, daß lediglich erwartet wird, er werde aus freien Stücken dem Versprechenden einen Vorteil zuwenden.

Trotz aller dieser Erwägungen widerstreht es der natürlichen Auffassung, hier ein Schenkungsversprechen anzunehmen und demgemäß die strenge Formvorschrift des § 518 auf die gesonderte Zusicherung anzuwenden. Wie es communis opinio ist, daß die Fälle des meistens unentgeltlichen Garantievertrags keine Schenkung darstellen (vgl. Stammler S. 50 ff., Crome § 300 bei Note 2 u. 3), so wird man auch bei der gesonderten Zusicherung eben in dem Garantievertrag die genügende causa sehen müssen, um sie von dem Begriff des Schenkungsversprechens zu eximieren; die Eigenart des Garantievertrags ist ein genügender Verpflichtungsgrund; eine Schenkung liegt nicht vor (vgl. RG. 62,389). Dieses Endergebnis wird umsomehr anzuerkennen sein, als sich neuerdings die Entscheidungen und literarischen Äußerungen mehren, welche eine Einschränkung des Schenkungsbegriffs fordern (vgl. RG. Recht 07, 1065 Nr. 2538; 59, 423; 62, 386; 72, 188 (Unentgeltlichkeit wird verneint im Falle des Versprechens, eine unentgeltliche Leistung des Versprechensempfängers nachträglich zu entlohnen); Celle RDLG. 8, 75; Neumann bei Gruchot 45, 503 ff., Putzler JW. 01, 387 gegen RG. JW. 01, 382).

V. Der Grund der Rechtswirkungen einer Zusicherung ist der vom Verkäufer mit dem Käufer abgeschlossene Garantievertrag, also der Rechte und Pflichten erzeugende Parteiwille. Anhangsweise soll nun die Frage nach dem Rechtsgrund der gesetzlichen Mängelhaftung behandelt werden. Daß diese ebensowenig wie die Haftung aus einer Zusicherung auf Nichterfüllung des Verkäufers zurückzuführen ist, haben wir bereits im § 6 eingehend erörtert.

1. Der Gesichtspunkt der Billigkeit, der Ausgleichung der Interessen beider Teile, von denen der Verkäufer, der die Sache schon besaß, dem Mangel doch näher steht und ihn eher erkennen konnte als der Erwerber, dem sie ganz fremd war, der Gesichtspunkt der in diesem Sinn überlegenen Stellung des Verkäufers (Crome § 173 Nr. 2 b, § 220 Nr. 3, Bechmann 1 § 53 Nr. 3, 3 § 338 a. E., vgl. auch RG. 67, 86 (88/9)), dieser Gedanke ist gewiß zutreffend und vor allem für den Gesetzgeber wichtig. Für die Konstruktion eines gegebenen Gesetzes aber sind diese Erwägungen doch allzu allgemein und deshalb nicht weiter zu verwerten.

2. Noch weniger ist natürlich für das heutige Recht mit einem Gedanken anzufangen, der die Entstehung der gesetzlichen Mängelhaftung im ädilizischen Edikt beeinflußt hat: der Gedanke, bei dem Verkäufer könne man die Kenntnis des Mangels und das arglistige Verschweigen von vornherein vermuten; habe die Sache einen Mangel, so sei ohne weiteres anzunehmen, daß der Verkäufer den Käufer habe betrügen wollen (l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21, 1, Bechmann 1 § 53 Nr. 2, 3 § 338 a. E.: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est).

3. Wolff (S. 9 ff., 22 ff.) findet im Anschluß an eine Äußerung Bechmanns (2 § 241 S. 449) den Rechtsgrund der gesetzlichen Mängelhaftung in der berechtigten Voraussetzung des Käufers von der Beschaffenheit der gekauften Sache. Weil die berechtigten Erwartungen, Vorstellungen, Voraussetzungen des Käufers von dieser Beschaffenheit sich nicht verwirklichten, gebe ihm das Gesetz die Mängelansprüche. Wolff betont besonders, er wolle mit dem Ausdruck „Voraussetzung" nicht etwa den Begriff der Windscheidschen Voraussetzung wieder aufnehmen, sondern lediglich den Ausdruck im gewöhnlichen Wortsinn gebrauchen. Ich kann nicht finden, daß die Lehre mit dieser an sich wohl richtigen und geistreichen Formulierung irgendwie gefördert wird. Wenn man ein im positiven Recht auftretendes Institut erklären will, so muß das doch wohl in der Weise geschehen, daß man es einem bekannten und auch in sonstigen Anwendungsfällen vorkommenden Begriff unterordnet und seine Stellung innerhalb dieses weiteren Begriffs darlegt (vgl. oben I). Das tut Wolff nicht: im Gesetz treten Gesichtspunkte, wie sie Wolff aufstellt, höchstens in der Lehre vom Irrtum auf; allein Wolff will gerade dieses Rechtsinstitut nicht heranziehen (S. 35), und in der Tat kann der Irrtum vielleicht mit der gesetzlichen Mängelhaftung konkurrieren; jedenfalls kann er sie nicht erklären oder in sich aufnehmen: beide Institute erzeugen ja völlig verschiedene Rechtswirkungen — dieses bewirkt das Entstehen neuer, weitgehender Ansprüche neben dem aufrechterhaltenen Vertrag, jenes Aufhebung des Vertrags und Entstehen engbegrenzter Ansprüche an seiner Stelle. Im übrigen gewährt das Gesetz an keiner Stelle Ansprüche auf Grund von Voraussetzungen, Erwartungen, Vorstellungen eines Vertragsteils. Wolff erklärt also ignotum per ignotius.

4. Mehr dürfte folgender Gedankengang fördern: Bei

der gesetzlichen Mängelhaftung handelt es sich um ein naturale negotii (s. § 5 II Abs. 1 a. E. und Crome 1 § 77 I 2 a, insbes. Note 6), um Rechte und Pflichten der Beteiligten, die den gewöhnlichen Absichten von Käufer und Verkäufer entsprechen. Die dispositive Regelung dieses Instituts im Gesetz erklärt sich daraus, daß nach Auffassung des Gesetzgebers anständige Vertragsparteien eine ähnliche Haftung, falls das Gesetz schwiege, in jedem Falle vereinbaren würden, wo sie daran denken; und wenn sie nicht daran gedacht hätten, so würden sie hinterher diese Versäumnis bedauern: das Gesetz kommt nun den Parteien zu Hilfe, indem es bestimmt, daß eine solche Haftung immer als verabredet erachtet werden soll, wenn die Parteien sie nicht ausgeschlossen haben (§ 476); das Gesetz erspart dadurch den Parteien die Mühe einer besonderen Beredung und sichert sie vor den Folgen ihres eigenen Vergessens. Ist aber der Verkäufer unreell, spekuliert er darauf, daß die Sache vielleicht einen Fehler hat, und daß der Käufer sie dann doch unter Bezahlung des vollen Kaufpreises behalten muß, so würde der Mangel gesetzlicher Bestimmungen die Schutzlosigkeit des ungewandten und unerfahrenen Käufers zur Folge haben, der nicht daran dächte, sich wegen der Beschaffenheit der Sache vom Verkäufer eigens Zusicherungen geben zu lassen. In diesen Fällen dient die gesetzliche Bestimmung, daß in Ermanglung einer besonderen Abrede eine Haftungsübernahme nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen als gewollt gelten soll, dem Schutz des geschäftsungewandten Käufers gegenüber dem pfiffigen Verkäufer. Der reelle Verkäufer würde die Haftung vertragsmäßig übernehmen, deshalb muß auch der unreelle so behandelt werden, als hätte er sie übernommen. Die gesetzliche Mängelhaftung stellt sich demnach dar als die kraft Gesetzes fingierte vertragsmäßige Haftungsübernahme, die an die Stelle der sonst tatsächlich vereinbarten Haftungsübernahme tritt. Die Übernahme der Haftung durch Vertrag erscheint dem Gesetz als etwas im reellen Handel so Selbstverständliches, daß man sie gar nicht mehr eigens zu vereinbaren braucht; sie gilt als vereinbart, wenn sie nicht ausgeschlossen ist. Dem Verkäufer werden gewisse Pflichten auferlegt, weil er sie, wenn die Parteien daran gedacht hätten, doch anständiger Weise hätte übernehmen müssen.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Geschichte des Entstehens der Mängelhaftung gestützt. Bei all den verschiedenen

Formen des Kaufs im römischen Recht gab es ursprünglich keine Gewährleistung für Sachmängel (s. § 6 V 1). Deshalb sind Garantiestipulationen sehr häufig gewesen (s. Bechmann 1 § 50), so häufig und so sehr von der Billigkeit gefordert, daß schließlich die Ädilen den Verkäufer im Marktverkehr auf Klage des Käufers hin nötigten, eine Garantiestipulation, wie sie im Verkehr freiwillig zur Anwendung zu kommen pflegte, abzuschließen (Bechmann 1 § 51 S. 401 ff.); wollte der Verkäufer die Stipulation nicht leisten, so konnte der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs verlangen, also redhibitorisch klagen, und zwar auch ohne daß ein Fehler wirklich vorlag. Die nächste Stufe ist dann die, daß die actio redhibitoria sogleich gewährt wird, wenn Fehler vorliegen, auf die die Garantie sich hätte beziehen sollen (Bechmann 1 § 52 S. 405); der Stipulationszwang wird obsolet (Bechmann 1 § 51 S. 404). Zuerst wird also der Abschluß einer Garantiestipulation dem Verkäufer zur Pflicht gemacht und nötigenfalls erzwungen, später wird der Verkäufer so behandelt, als hätte er die Haftung übernommen: die Haftungsübernahme wird fingiert.

Nach dem oben unter III Ausgeführten stellt sich die Haftungsübernahme als beschränkter Garantievertrag dar, während die Zusicherung ein unbeschänkter Garantievertrag ist. So ergibt sich: Rechtsgrund der gesetzlichen Mängelhaftung ist die *Fiktion eines auf Wandlung und Minderung beschränkten Garantievertrags wegen der Fehler*; jeder Kauf, bei dem dies nicht durch Parteiabrede ausgeschlossen ist, enthält als naturale negotii diesen Nebenvertrag, wie ihm als accidentale negotii eine Zusicherung, ein unbeschränkter Garantievertrag hinzutreten kann. Wir sehen somit einen *einheitlichen Rechtsgrund* für die gesetzliche Mängelhaftung, die vertragsmäßige Haftungsübernahme und die Zusicherung. Es ist daher durchaus richtig, alle drei Institute, auch die gesetzliche Mängelhaftung, einheitlich als Gewährleistung, wie das in der Überschrift vor § 459 geschieht, oder auch als Garantie zu bezeichnen (vgl. Wolff S. 2). Die Zusicherung stellt die unbeschränkte, volle Garantie, die gesetzliche Mängelhaftung und die Haftungsübernahme stellen die beschränkte Garantie dar.[7] Behält man dies im Auge, so

[7] Der hiemit vertretenen Auffassung scheint auch Friedberg nahezustehen, wenn er an mehreren Stellen seiner Arbeit (z. B. S. 4, 55) von den Garantieverpflichtungen, der gesetzlichen oder vertraglichen Garantiepflicht des Verkäufers u. dgl. spricht.

kann man auch die Ansprüche auf Wandlung und Minderung zwanglos als Gewährleistungsansprüche bezeichnen (dies gegen Wolff S. 2, 45; von den von Wolff zitierten Stellen der Motive befaßt sich die zweite (2, 224) überhaupt nur mit der (gewöhnlichen) Wirkung des Garantieversprechens, der Schadensersatzpflicht, während die erste (2, 211) nur den engen Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft betont und das Erfordernis einer Garantieübernahme, die ausdrücklich oder stillschweigend eigens erklärt werden müßte, für die Entstehung der gesetzlichen Mängelansprüche verneint).

§ 9. Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung.

I. Umgrenzung der Aufgabe. — II. Behandlung der bereits beim Vertragsschluß bestehenden Mängel. — III. Behandlung der zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang entstehenden Mängel. — IV. Verschuldenshaftung. —

I. Es sollen nunmehr einige Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung aufgezeigt werden. Dabei wird es sich nicht darum handeln, Folgerungen aus der Charakterisierung der Zusicherung als Garantievertrag zu ziehen; denn diese Kategorie wurde nur in Ermanglung einer anderen zur Bezeichnung des Instituts eingeführt; da der Garantievertrag gesetzlich nicht geregelt ist, können wesentliche Aufschlüsse über die Wirkungen der Zusicherung aus ihrer Unterstellung unter den Begriff des Garantievertrags nicht erwartet werden. Vielmehr ist die Gewährleistungstheorie in ihren Konsequenzen zu verfolgen; den hienach gewonnenen Resultaten sollen die Ergebnisse der Erfüllungstheorie zum Vergleich an die Seite gestellt werden. Die Konsequenzen der Gewährleistungstheorie einerseits und der Erfüllungstheorie andererseits sollen nur angedeutet werden; sie im einzelnen auszuführen, besteht für diese Arbeit kein Bedürfnis.

II. Die Erfüllungspflicht des Verkäufers umfaßt die Sache in dem Zustand, in welchem sie im Augenblick des Vertragsschlusses ist; die Sache wird verkauft, wie

sie geht und steht, nicht etwa, wie sie zur Zeit der Übergabe sein wird. § 433 Abs. 1 Satz 1 spricht das freilich nicht aus; aber es ist als stillschweigender Parteiwille anzunehmen (s. §§ 6 V 1, 7 IV 1 b, Schollmeyer S. 97, Oertmann Bem. 2 zweites b vor § 459 („durch den Kaufabschluß übernimmt der Verkäufer die Pflicht, die Kaufsache . . . als eine solche, wie sie nun einmal ist, zu verschaffen"), Hellbach Recht 05, 7, Friedberg S. 33,[8] Nowicki S. 48, anscheinend auch RG. Recht 08 Beil. 2, 514 Nr. 2916). Wolff (S. 7) will für den Umfang der Leistungspflicht des Verkäufers den Zeitpunkt der „Erfüllung" maßgebend sein lassen, wobei zweifelhaft bleibt, ob der Zeitpunkt entscheiden soll, in welchem tatsächlich erfüllt wird, oder der vielleicht viel frühere, in welchem hätte erfüllt werden sollen. Wolff hat aber zur Widerlegung Schollmeyers nichts vorzubringen gewußt, als daß mit Schollmeyers Anschauung eine Erfüllungspflicht in Bezug auf die Eigenschaften der Sache in beschränktem Umfang wieder statuiert sei, was allerdings richtig ist.

Nach der hier vertretenen Anschauung ist für die bereits beim Vertragsschluß vorhandenen Mängel die Gewährleistungstheorie entscheidend, während für nachher entstandene Mängel die Erfüllungstheorie maßgebend ist. Wenn nun gekaufte Sachen überhaupt Mängel haben, so sind diese in den weitaus meisten Fällen schon beim Vertragsabschluß vorhanden gewesen und nicht erst in der wenn überhaupt vorhandenen, so doch regelmäßig kurzen Zwischenzeit zwischen Vertragsabschluß und Übergabe entstanden. *Daraus folgt, daß die Regeln von der Gewährleistung in den allermeisten Fällen die Folgen des Mangels erschöpfend behandeln.* Eine Konkurrenz anderer Ansprüche und Einreden mit den Gewährleistungsansprüchen und -Einreden besteht regelmäßig nicht.

Ganz anders die *Erfüllungstheorie* in ihrer ge-

---

[8] Friedberg leitet den Satz aus § 446 ab; ich kann dem nicht folgen: § 446 kann sehr wohl etwas anderes bedeuten, „als daß der Verkäufer verpflichtet sein soll, die Sache in dem Zustand zu übergeben, in dem sie sich zur Zeit des Abschlusses des Vertrags befand", nämlich dies, daß die *Gewährleistungsansprüche* nicht gegeben sind, wenn der Mangel erst nach dem Gefahrübergang entstanden ist (vgl. § 459). Die Erwähnung der „zufälligen Verschlechterung" in § 446 ist danach allerdings überflüssig.

wöhnlich vertretenen Gestalt, nach der der Verkäufer die Sache ohne den Mangel zu liefern hat, seine Erfüllungspflicht also die Sache als mangelfreie umfaßt (§ 6 I). Mängel, die schon beim Vertragsabschluß vorhanden sind, hindern danach die Erfüllung und erzeugen die Ansprüche und Einreden aus der Nichterfüllung.

1. Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, so liegt für die Erfüllungstheorie ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung vor; es ist unmöglich, die Sache ohne den Mangel zu liefern; man kann nur die mangelhafte Sache liefern. Auf die Schwierigkeiten, welche diese unausweichliche Folgerung aus der Erfüllungstheorie deshalb macht, weil in solchen Fällen nach dem Gesetz Nichtigkeit des Kaufvertrags anzunehmen wäre, ist bereits in den §§ 6 V 2a, 7 IV 2a hingewiesen worden. Die Erfüllungstheorie kann diesen gordischen Knoten nur durchhauen, nicht ihn entwirren; sie muß eben erklären, daß hier ausnahmsweise und entgegen dem Gesetz keine Nichtigkeit gegeben sei, etwa indem sie die Regeln von der nachträglichen, nicht von der ursprünglichen Unmöglichkeit anwendet. Aber auch dann noch bleibt für die Erfüllungstheorie die Konkurrenz zwischen den Gewährleistungsansprüchen und dem Unmöglichkeitsrecht, insbesondere dem Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 bestehen; diese muß in irgend einer Weise gelöst werden; sie führt jedenfalls zu vielen Schwierigkeiten und Zweifeln, wenn man sie nicht wiederum gewaltsam, etwa durch die Dekretierung, daß hier das Unmöglichkeitsrecht keine Anwendung finden könne, ausschließt.

2. Ist aber die Beseitigung des Mangels möglich, so ergibt sich für die Erfüllungstheorie stets der Anspruch auf Herstellung der fehlenden Eigenschaft, auf Beseitigung des Fehlers; der Verkäufer hat die Sache mit der Eigenschaft zu liefern; hat er bloß die Sache geliefert, so muß er eben noch die Eigenschaft herstellen. Vgl. die Ausführungen oben §§ 6 V 2b, 7 IV 2b. Auch hier wieder eine Konkurrenz von Rechtsbehelfen!

3. Vom Standpunkt der Erfüllungstheorie aus genügt der Verkäufer beim Vorhandensein von Mängeln seiner Verpflichtung teilweise nicht. Dem Käufer muß also nach § 320 Abs. 2 die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags, die exceptio non rite adimpleti contractus zu-

stehen.[9] Gleichzeitig sind ihm aber die Mängeleinreden gegeben (vgl. Planck Anm. 2 zu § 478). Das Verhältnis der Mängeleinreden zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist für die Erfüllungstheorie ein schweres Problem. Soll dem Käufer die eine oder die andere Einrede nach seiner Wahl zu Gebote stehen? Die Praxis (vgl. RG. 66, 279, Gruchot 48, 953, OLG. Celle SeuffA. 59, 349) gibt in solchen Fällen meistens die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, aber anscheinend, ohne sich klar zu sein, daß dann nach § 322 Verurteilung des Käufers zur Leistung Zug um Zug erfolgen müßte (vgl. RG. 58, 173: das OLG. Kassel hatte die Klage auf Grund der „Einrede des nicht erfüllten Werkvertrags nach § 320" a b g e w i e s e n). Wird nun der Käufer gemäß § 322 zur Zahlung des Kaufpreises gegen Lieferung der näher bestimmten Sache als einer mangelfreien verurteilt, so ist beiden Teilen mit dem Urteil gar nichts gedient (ebenso Oertmann Recht 09, 801): denn nicht d a s ist im Streit, welche Sache der Verkäufer zu liefern hat, sondern das, ob die gelieferte oder doch angebotene Sache mangelfrei ist. Der Prüfung dieser Frage kann und muß sich der Richter vom Standpunkt der Erfüllungstheorie aus einfach entziehen, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend gemacht wird. Die Erfüllungstheorie wirft die ganz verschiedene wirtschaftliche Funktion beider Einreden zusammen: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dient dem Käufer dann, wenn er den Abschluß des Kaufvertrags oder die Lieferung der Sache bestreitet; die Mängeleinrede dann, wenn er Mängel der Sache behauptet. Die eine dieser Einreden kann also nicht gegeben sein, wenn die andere begründet ist (so Planck Anm. 3 zu § 363). Dies hat schon die zweite Kommission in den Protokollen (1, 637), wenn auch nicht sehr klar, ausgesprochen: „Sei eine gelieferte Spezies zu beanstanden, so entfalle meist die exceptio non adimpleti contractus; an ihre Stelle trete die actio quanti minoris oder die redhibitoria". Diesem Postulat der A u s s c h l i e ß l i c h k e i t b e i d e r E i n r e d e n kann die Erfüllungstheorie, außer etwa durch einen Gewaltstreich, mit dem das Gebiet der Einrede des nicht erfüllten Vertrags will-

[9] Warum nur in dem Fall, wo die Beseitigung der Mängel möglich ist, wie RG. 56, 153 und Planck Anm. 4 zu § 320 wollen, ist nicht ersichtlich: die Voraussetzung der Einrede, daß die Gegenleistung nicht erfolgt ist, besteht doch auch im Falle der Unmöglichkeit der ausstehenden Leistung; warum sollte der Käufer genötigt sein, die Unmöglichkeitsansprüche geltend zu machen und die Unmöglichkeit im Fall der Bestreitung zu beweisen? Vgl. Oertmann Anm. 9 zu § 320.

kürlich eingeschränkt wird, nicht gerecht werden; vom Standpunkt der Gewährleistungstheorie aus ist es selbstverständlich (vgl. Schollmeyer S. 115 Note 2, Oertmann Anm. 8 b zu § 320).[10] [11]

4. Endlich muß die Erfüllungstheorie nach § 294 dem Käufer stets das Recht der Annahmeweigerung geben, nicht nur dann, wenn er Wandlung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Zurückweisung der mangelhaften Sache verlangen will (vgl. §§ 6 IV, 7 III 2). Das ist mindestens recht zwecklos.

Die Erfüllungstheorie charakterisiert sich also durch einen embarras de richesse für den Käufer; dies empfiehlt sie mindestens vom Standpunkt der Praxis aus keineswegs. Um diese Konkurrenzen einzuschränken oder zu beseitigen, bleiben nur Willkürlichkeiten, so etwa die Behauptung, daß die Gewährleistungsansprüche erst mit dem Gefahrübergang entstünden (s. dagegen § 6 IV). Die Gewährleistungstheorie dagegen vermeidet, von ihrem theoretischen Ausgangspunkt aus völlig logisch weiter geführt, alle diese Schwierigkeiten: sie gibt nur die Gewährleistungsansprüche. **Die Gewährleistungstheorie empfiehlt sich also durch ihre Einfachheit und Praktikabilität.**

III. Für die nach dem Vertragsschluß, aber vor dem Gefahrübergang entstandenen Fehler ergeben sich Konsequenzen, wie sie eben vorgetragen wurden, gleichmäßig für die Erfüllungstheorie und für die Gewährleistungstheorie in der Ausgestaltung, wie sie oben unter II am Anfang dargelegt

---

[10] Wie unnatürlich die Resultate der Erfüllungstheorie gerade in dieser Frage sind, zeigt schlagend die Entscheidung 66, 279: nach ihr muß der Verkäufer die Einrede der Mangelhaftigkeit als Einrede des nicht erfüllten Vertrags widerlegen, also die Mangellosigkeit beweisen; tut er dies nicht, so bekommt er den Kaufpreis nicht; verlangt aber der Käufer den Kaufpreis unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (§ 463 Satz 1) zurück, so muß der Käufer die Mangelhaftigkeit beweisen: wenn also nichts bewiesen ist, wird der Käufer in demselben Prozeß für nicht schuldig erklärt, den Kaufpreisrest zu bezahlen, aber doch auch nicht für befugt, den bereits bezahlten Teil des Kaufpreises zurückzufordern! Nach der Gewährleistungstheorie dagegen hat der Käufer zur Begründung der ihm allein zustehenden Mängeleinrede und ebenso zur Begründung seines Schadensersatzanspruchs den Mangel zu beweisen (Planck Anm. 1 zu § 462).

[11] Ueber die Konsequenzen der Gewährleistungstheorie und der Erfüllungstheorie bezüglich des Beweises eines Mangels s. Oertmann Recht 08, 345 ff., 351, Friedberg S. 53 ff. und hier Fußnote 10.

wurden; in dieser Begrenzung gilt eben die Erfüllungstheorie. Insoweit, aber nach der Gewährleistungstheorie auch nur insoweit, konkurrieren die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts mit dem Gewährschaftsrecht; so auch Planck Anm. 1 b α zu § 459, Anm. 7 b zu § 462 (wennschon ohne ausdrückliche Anerkennung der Gewährleistungstheorie), Oertmann Bem. 2 zweites a dritter Satz u. ff., zweites b vor § 459 (mit reichen Literaturnachweisen), Hellbach Recht 05, 6, Friedberg S. 40, 45, Nowicki S. 52, Emerich S. 69, prinzipiell auch Crome § 220 Note 33 und Recht 02, 333, auch wohl Müller Recht 02, 578; dagegen Wolff S. 6, 7, weil er für den Umfang der Leistungspflicht des Verkäufers nicht den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern den der Erfüllung entscheiden läßt, und Krückmann S. 168 ff., der in Konsequenz seines Begriffes der Gesamtheit im Gegensatz zur Summe im Falle der Lieferung einer mangelhaften Speziessache eine Unvollständigkeit der Leistung auch für unseren Fall leugnet, s. oben § 6 V 2 a; bedauerlich unklar Staudinger Bem. 6 vor § 459.

Vorschläge, wie in unseren Fällen die Konkurrrenz der verschiedenen Behelfe im Falle der Unmöglichkeit mangelfreier Leistung zu lösen sei, hat Schollmeyer S. 104 ff. gemacht; ebenso hat er S. 113 ff. den Fall des nachträglichen Eintretens behebbarer Mängel eingehend behandelt (vgl. auch RG. Recht 08, 514 Nr. 2916). Es ist hier nicht der Ort, im einzelnen zu Schollmeyers Anschauungen Stellung zu nehmen; jedenfalls sind seine Ausgangspunkte zutreffend.

Die Frage, wie in unserem Fall die Konkurrenz der exceptio non rite adimpleti contractus mit den Mängeleinreden sich gestaltet, ist nicht von großer praktischer Bedeutung, weil die Fälle nach dem Vertragsschluß entstandener Mängel ja überhaupt sehr selten sein werden; im übrigen wird keine andere Lösung möglich sein, als dem beklagten Käufer die Wahl zwischen den beiden Einreden zu lassen; wählt er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn durch die gerichtliche Entscheidung keine Klarheit in sein Verhältnis zum Verkäufer kommt. Anderer Meinung scheint Friedberg (S. 55) zu sein: er will auch in diesem Fall nur die Mängeleinrede zulassen; gewiß hat er damit recht, daß, wenn die Mängeleinrede geltend gemacht wird, nicht deshalb die eigenartige Beweislastregelung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf sie Anwendung findet, weil

gleichzeitig Nichterfüllung vorliegt; aber wenn die zweifellos vorhandene Nichterfüllung geltend gemacht wird, so muß auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegeben sein und in der Folge die für diesen Fall anzunehmende Beweislast des Klägers. S. auch Nowicki S. 64, 66 (der an letzterer Stelle ausdrücklich nur die Mängeleinreden für zulässig erklärt). Die Anschauung, daß in unserem Fall nur die Mängeleinreden gegeben seien, kann sich jedenfalls nicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts 58, 173 (176), 69, 381 (383) stützen: das Reichsgericht sagt dort nur, wer die Leistung des Gegenkontrahenten ablehne, also die Wandlungseinrede geltend mache, könne nicht gleichzeitig die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützen, denn dies wäre eine protestatio facto contraria, weil er mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ja eben die Gegenleistung verlange; es sagt aber nicht, daß der Kontrahent die Mängeleinrede geltend machen müsse, daß ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrags überhaupt nicht zustehe.

Ziemlich unerheblich ist es, ob die Zurückweisung der gekauften Speziessache vom Käufer in unserem Fall auf den § 294 oder auf das Recht der Wandlung gestützt wird; auf den Schadensersatzanspruch kann der Käufer die Annahmeweigerung nicht gründen, weil der Mangel ja erst nach dem Vertragsschluß entstanden ist, und dem Käufer folglich nach § 463 Satz 1 ein Schadensersatzanspruch nicht zusteht.

IV. Die Frage der Verschuldenshaftung[12], insbesondere der Schadensersatzhaftung wegen schuldhaft mangelhafter Leistung (auch für den Spezieskauf anerkannt von Staub Anm. 104 zu § 377, Staudinger Bem. 5 e vor § 459; dagegen Nowicki S. 47) und wegen arglistigen Verschweigens (§ 463 Satz 2), ist hier nicht zu behandeln; diese Haftung beruht nicht auf der Tatsache der Mangelhaftigkeit als solcher, sondern auf der Verletzung von vertragsmäßigen Pflichten des Verkäufers zur Obhut für die Kaufsache oder zur Anzeige, die sich aus dem nach Treu und Glauben auszulegenden Kaufvertrag ergeben (dies gegen Oertmann Bem. 2 zweites a vor § 459, ganz wie hier Friedberg S. 40/1); es war daher durchaus richtig, wenn man

[12] Ueber die Verschuldenshaftung beim Viehkauf s. Kiel RdLG. 16,408 (Verkauf eines räudigen Pferdes, das die Pferde des Käufers ansteckt) und Planck Anm. 2 zu § 482.

im gemeinen Recht die aus dem arglistigen Verschweigen des Mangels entstehende Schadensersatzklage als actio emti bezeichnete (Crome § 220 Note 5). Die hiemit vertretene völlige Unabhängigkeit des Gewährschaftsrechts von der Verschuldenshaftung ist von Krückmann (S. 190, 197, 289) ausführlich und überzeugend begründet worden. Vgl. noch Wolff S. 62. Die Anerkennung der Verschuldenshaftung, insbesondere des Schadensersatzanspruchs wegen schuldhaft mangelhafter Leistung, steht mit der Gewährleistungstheorie durchaus im Einklang: die Verschuldenshaftung hat eben nicht den Ausgangspunkt, daß der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache frei von ihm bekannten oder infolge von Fahrlässigkeit ihm unbekannten Mängeln zu liefern, sondern den, daß er Mängel, die er kennt oder kennen muß, anzuzeigen verpflichtet ist (vgl. Schollmeyer S. 98 Note 2). Für die Schadensersatzpflicht wegen unterlassener Anzeige ist es bei der Selbständigkeit dieses Instituts auch völlig gleichgültig, ob der Fehler vor dem Vertragsschluß oder nachher entstanden ist.

2. Kapitel. Der Gattungskauf.

§ 10. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie im allgemeinen.

I. Die Erfüllungstheorie. — II. Die Gewährleistungstheorie; Schollmeyers Angriff auf die Erfüllungstheorie. — III. Der Grund der verschiedenen Behandlung von Spezieskauf und Genuskauf. — IV. Gemischte generische Schuldverhältnisse. —

I. Der Verkäufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243 Abs. 1); wenn das Geschäft für ihn oder für beide Teile Handelsgeschäft ist (vgl. Cosack Handelsrecht § 26 I 2; nach Scheer S. 45 nur im letzteren Fall), muß die Ware außerdem noch Handelsgut sein (§ 360 HGB.), d. h. von der Art, wie sie im redlichen Handelsverkehr allgemein gegeben und genommen wird (Staub Anm. 6 zu § 360). Der Verkäufer erfüllt also durch Lieferung einer Sache, die nicht mittlerer Güte oder nicht Handelsgut ist, seine Leistungsverpflichtung nicht. Fehler

der Sache aber, die der Verkäufer nach § 459 Abs. 1 zu vertreten hat, schließen jedenfalls den Begriff der mittleren Güte aus (a. M. z. B. Friedberg S. 37, Nowicki S. 35); niemand wird eine Vase, die einen Sprung hat, ein Reitpferd, das koppt, Kaffee, bei dem infolge einer öligen Bohne die Brauchbarkeit beeinträchtigt ist, als Sachen mittlerer Güte bezeichnen wollen; die Frage, ob derlei fehlerhafte Sachen noch Handelsgut sein können, mag hier ganz außer Betracht bleiben. Diese Beziehung zwischen der Fehlerhaftigkeit und dem Begriff der mittleren Güte hat das Reichsgericht (47, 129 (135)) schon für das gemeine Recht hervorgehoben: ein nicht zu vertretender Fehler hebe auch den Begriff der mittleren Güte nicht auf. Der Verkäufer kann nach dem Gesagten seiner Leistungspflicht mit einer fehlerhaften Sache nicht genügen; die Fehlerlosigkeit der Sache gehört zu seiner Erfüllungspflicht; es ist, als hätte der Verkäufer ausdrücklich die Verpflichtung übernommen, eine fehlerlose Sache zu liefern. Der Kreis der möglichen Leistungsgegenstände, der Spezies, die in obligatione sind, ist nicht nur durch die Abmachung der Parteien über die Gattung, die Qualitätsmerkmale der zu liefernden Sache, sondern auch dadurch eingeengt, daß alle fehlerhaften Exemplare der vereinbarten Gattung nicht geliefert werden dürfen. Hier ist also der Ausdruck „nicht vertragsmäßig beschaffene Ware, kontraktwidrige Ware" zur Bezeichnung fehlerhafter Ware erst recht am Platze (s. § 7 IV 1 b a. E.).

Für den Gattungskauf ist nach dem Gesagten die Erfüllungstheorie anzuerkennen. Die Richtigkeit dieser Anschauung ergibt sich auch (nach Oertmann Anm. 2 zu § 480, Friedberg S. 37, Nowicki S. 36: nur) aus dem Nachlieferungsanspruch, dem Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 480 Abs. 1). Es wäre doch eine Kuriosität, wenn jemand zunächst nicht das Recht hätte, Lieferung einer fehlerfreien Sache zu verlangen, wenn er sich eine fehlerhafte Sache aufdrängen lassen müßte, dann aber, wenn ihm eine solche geliefert wäre, kraft gesetzlicher Bestimmung das ihm zuerst versagte Recht erwerben würde! Übrigens wird der Nachlieferungsanspruch auch in den Motiven (2,242) als ein Anspruch auf Vertragserfüllung bezeichnet (ebenso RG. 53, 204); daß dieser jetzt erheblich modifiziert ist, insbesondere der kurzen Verjährung unterliegt, erklärt sich aus praktischen Gründen, zwingt aber nicht zu dem Schluß, er sei ein Gewährleistungsanspruch

(dies gegen Schollmeyer S. 102; für die Auffassung des Nachlieferungsanspruchs als Erfüllungsanspruch auch die bei Nowicki S. 36 Anm. 1 Zitierten und in eingehender Darlegung Nowicki selbst S. 36 ff.).

Die Anerkennung der Erfüllungstheorie für den Gattungskauf entspricht der in der Literatur des neuen Rechts herrschenden Meinung (vgl. Planck Anm. 1, Staudinger Anm. III 1 zu § 480, Oertmann Anm. 2 a γ zu § 433, Anm. 2 zu § 480, Friedberg S. 40, Nowicki S. 34, Wolff S. 2, 67). Auch das Reichsgericht hat sich für die Erfüllungstheorie ausgesprochen (54, 80 (Zurückweisung mangelhafter Ware als Nichterfüllung), JW. 05, 17 Nr. 10 (sehr entschieden), ähnlich JW. 04, 198 Nr. 7 (= Recht 04, 221 Nr. 1026)).

Was das gemeine Recht angeht, so hat Windscheid (Windscheid-Kipp § 394 Anm. 20) mit Entschiedenheit diese Auffassung vertreten; auch Bechmann 2 § 212 II stellt den Satz auf, daß die Sache, welche die gesetzlichen und die bedungenen Merkmale nicht an sich trägt, zur Erfüllung nicht geeignet ist. S. auch Nowicki S. 11/2, 14/5: er identifiziert mit Unrecht die Frage, ob beim Gattungskauf die ädilizischen Ansprüche gegeben sind, mit der anderen, ob Lieferung einer fehlerhaften Sache vollständige Erfüllung ist, und meint deshalb, die herrschende Lehre habe die ädilizischen Ansprüche gegeben und also die fehlerhafte Sache als Erfüllung gelten lassen; das letztere wird nicht richtig sein: die herrschende Lehre des gemeinen Rechts hat dem Käufer das Recht gegeben, die fehlerhafte Sache als Erfüllung anzusehen (s. II) und deshalb die ädilizischen Ansprüche geltend zu machen, aber sie hat die Sache nicht kraft Gesetzes als Erfüllung erachtet. Sonst hätte sie ihm ja nur die ädilizischen Ansprüche geben dürfen, nicht auch den Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache (vgl. Windscheid-Kipp § 394 Note 22 und Mot. 1, 241, wo erwähnt ist, daß die überwiegende Praxis des gemeinen Rechts auch den Nachlieferungsanspruch gegeben hat).

II. Neuerdings ist Schollmeyer (S. 99 ff.) mit der Behauptung aufgetreten, auch beim Gattungskauf gehöre die Fehlerlosigkeit der Ware nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, es bestünden vielmehr bei bloßer Fehlerhaftigkeit der Ware — im Gegensatz zur Lieferung einer Ware anderer Gat-

tung oder einer Ware von nicht mittlerer Art und Güte — nur die Gewährleistungsansprüche. Ähnlich Windscheid-Kipp § 395 II S. 711 für das neue Recht. S. ferner die bei Friedberg S. 34 Note 3 Zitierten.

Schollmeyers Ansicht steht und fällt mit der Behauptung, eine fehlerhafte Sache sei nicht notwendig geringer als mittlerer Art und Güte. Allein Schollmeyers eigene Beispiele sprechen gegen ihn: Zigarren, die ungleichen Brand haben, sind eben nicht von durchschnittlicher Güte — durchschnittlich erwartet man von Zigarren, daß sie gleichen Brand haben; ebensowenig ist eine Taschenuhr von mittlerer Güte, deren Feder nicht in Ordnung ist. Versteht man den Begriff der mittleren Güte, da das Gesetz ihn nicht näher bestimmt, im natürlichen Wortsinn, so wird er durch zwei Gruppen von Tatbeständen ausgeschlossen: einmal gehören hieher die Fälle, wo in dem gradweisen, unmerklichen Übergang vom Schlechteren zum Besseren, wie etwa in der Qualität des Tabaks oder im Feingehalt von Metallegierungen der mittlere, durchschnittliche Grad der Güte nicht erreicht ist, sondern nur ein geringerer; dann aber auch die Fälle, wo der Grundstoff zwar von mittlerer Güte ist, aber ein sozusagen von außen hinzutretender Umstand, wie in Schollmeyers ebenerwähnten Beispielen, dennoch die Sache als nicht vollwertig erscheinen läßt. Warum man, wie Schollmeyer will, in diesen letzteren Fällen mittlere Güte annehmen soll, ist nicht ersichtlich.

Auch das dritte Beispiel Schollmeyers bietet keinen Beleg für die Möglichkeit eines Fehlers, auf dessen Abwesenheit sich die Erfüllungspflicht nicht erstreckt: wenn in einem Fall, wo „ein Wagenpferd zum Selbstfahren für eine Dame in der mit Kavallerie belegten Stadt" verkauft ist, ein Pferd, das beim Ertönen des Kavalleriesignals durchgeht, weil es früher Kavalleriepferd war, als fehlerhaft erklärt wird, so trifft das zu. Aber auch die Erfüllungspflicht des Verkäufers erstreckt sich auf die Freiheit von diesem Fehler. Unrichtig scheint es mir zwar, mit Wolff (S. 68) in diesem Fall nicht mittlere Art und Güte, sondern eine höhere Güte zu verlangen; § 243 — so meint Wolff im Anschluß an Rehbein Anm. 15 zu §§ 241 bis 292 — treffe überhaupt nicht zu, denn die Sache sei im gegebenen Fall nicht „nur der Gattung nach" bestimmt, sondern außer durch Gattungsmerkmale auch durch Beschaffenheitsmerkmale. Allein „nur der Gattung nach" sagt das Gesetz nicht, um einen Gegensatz zwischen Gattungs- und Beschaffenheitsmerkmalen zu konstru-

ieren, der ja völlig unfaßbar wäre; vielmehr sollen durch den Ausdruck einfach die Geschäfte über eine individuelle Sache ausgeschieden werden. § 243 bleibt also anwendbar. — Aber im gegebenen Fall liegt nicht bloß ein Fehler im Sinn des § 459 Abs. 1, sondern auch ein Gattungsmangel vor; die Beschaffenheitsmerkmale bestimmen die geschuldete Gattung näher dahin, daß eines aus der Zahl der in der Kavalleriegarnison für eine Dame brauchbaren Pferde zu liefern ist, und zu dieser Gattung gehört ein Durchgänger nicht. Mit dem Pferd kann also der Verkäufer nicht erfüllen, die Käuferin hat begrifflich wie die Gewährleistungsansprüche so den Erfüllungsanspruch. § 243 kommt jetzt erst zur Anwendung: innerhalb der vertragsmäßigen, engbegrenzten Gattung von Pferden, die einer Dame nicht durchgehen, muß wieder eines mittlerer Art und Güte geliefert werden (so auch Friedberg S. 36 (der Schuldner muß beiden Anforderungen genügen)). Für die Entscheidung des Schollmeyerschen Falls aber ist das unerheblich, denn das Pferd gehört ja nicht einmal zu der vereinbarten Gattung. — Ebensowenig beweist das von Nowicki (S. 35) besprochene Beispiel gegen den Satz, daß jeder zu vertretende Fehler einer Gattungssache die Eigenschaft mittlerer Güte nimmt: wenn jemand gattungsweise ein paar fertige Stiefel in einer Schuhwarenhandlung kauft, und die Stiefel ihn nun drücken, so sind zwei Fälle denkbar: entweder es ist weiter überhaupt nichts vereinbart worden, dann muß er sich mit einem für normale Füße passenden Paar vom mittlerer Ledersorte, Ausführung und Preislage begnügen; Gewährleistungsansprüche hat er, wenn ihm ein solches Paar geliefert wird, auch dann nicht, wenn die Stiefel ihn drücken; denn es ist kein Fehler eines Stiefels, wenn er gerade den A drückt; drücken die Stiefel aber nicht nur den Käufer vermöge der besonderen Beschaffenheit seines Fußes, sondern sind sie so gebaut, daß sie auch einen Käufer mit normalem Fuß drücken müssen, so hat er die Gewährleistungsansprüche, man wird aber auch niemand finden, der dieses fehlerhafte Paar Stiefel in allen Beziehungen — nicht nur hinsichtlich der Ledersorte, Ausführung und Preislage — als ein Paar mittlerer Güte ansprechen wird! — Hat der Käufer aber nach dem Vertrag vorausgesetzt, daß das Paar ihm passen müsse (§ 459 Abs. 1), so ist es genau wie in dem vorigen Beispiel: zu der vertragsgegenständigen Gattung gehören eben nur solche Stiefel, die dem Käufer passen; die drückenden Stiefel gehören nicht zu dieser Gattung, der Ver-

käufer kann also mit ihnen nicht erfüllen, er liefert ein aliud. In allen Variationen dieses Beispiels laufen also Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht parallel.

Nach dem Gesagten kann zugegeben werden, daß vielleicht die mittlere Art durch einen Fehler nicht ausgeschlossen wird; aber eine fehlerhafte Sache gehört je nach Umständen entweder überhaupt nicht zu der geschuldeten Gattung oder sie ist doch innerhalb der vereinbarten Gattung nicht mittlerer Güte (a. M. Oertmann Anm. 2 zu § 480).

Daß der Käufer in unseren Fällen auch das Recht hat, Wandlung oder Minderung zu verlangen, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen; begrifflich — vom positiven Recht (s. § 13 III 1) abgesehen — setzen diese Ansprüche doch nur voraus, daß eine bestimmte Sache vorliegt (vgl. Schollmeyer S. 96); Wandlung und Minderung können jedenfalls nicht gegeben sein, solange der Verkäufer noch keine bestimmte Sache zur Lieferung in Aussicht genommen hat; denn daß vielleicht eine fehlerhafte Sache geliefert werden wird, kann dem Käufer noch keine Rechte geben. Dagegen haben die ädilizischen Ansprüche jedenfalls begrifflich nicht zur Voraussetzung, „daß der Schuldner das zur Lieferung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat", wie Schollmeyer meint. Deshalb folgt aus dem Vorhandensein dieser Ansprüche nicht, daß der Schuldner nach Ansicht des Gesetzes seiner Erfüllungspflicht bereits genügt hat. Daß diese eigentlichen Gewährleistungsansprüche neben dem Anspruch auf Nachlieferung gegeben sind, erklärt sich daraus, daß es dem Belieben des Käufers anheimgestellt wird, den Verkäufer an seiner fehlerhaften Lieferung festzuhalten, den Kauf wie einen Spezieskauf zu behandeln oder aber die Rechte aus der Nichterfüllung geltend zu machen (Crome § 147 Nr. 2, Oertmann Anm. 2 zu § 480, Friedberg S. 38, Nowicki S. 37).

Dagegen ist Schollmeyer — wenn ich den Sinn seiner Bemerkung S. 101 oben recht verstehe — zuzugeben, daß es für die Erfüllungstheorie Schwierigkeiten macht, den § 480 mit dem § 243 Abs. 2 in Einklang zu bringen; denn wenn jeder zu vertretende Fehler den Begriff der mittleren Güte aufhebt, so tritt die Konkretisierung der Gattungsschuld auch bei einem beiden Teilen unbekannten Fehler der Sache überhaupt nicht ein (Planck Anm. 4 zu § 243, Anm. 1 zu § 480, Staudinger Anm. 5 a β, Oertmann Anm. 5 c zu § 243,

RG. 69, 407, JW. 08, 740 Nr. 8; a. M. anscheinend Oertmann Recht 08, 350 (der Kauf ist trotz der Mangelhaftigkeit auf das Gelieferte konzentriert)). Der Verkäufer muß also bei zufälligem Untergang der Sache, etwa während der Versendung nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort (vgl. § 447 und Planck Anm. 3 zu diesem §), immer noch eine andere Sache liefern. Diese Folge wird man anerkennen müssen; praktisch bedenklich ist sie deshalb nicht, weil durch die tatsächliche Übergabe die Gefahr trotz des Fehlers auf den Käufer übergeht (§ 446); wenn also die Sache jetzt durch Zufall untergeht, hat der Käufer den Kaufpreis zu bezahlen, ohne daß ihm eine neue Sache geliefert wird; der Verkäufer hat also mehr Rechte, als wenn nur die Konkretisierung eingetreten wäre, die ihn in Gemäßheit des § 323 nur von der Leistungspflicht befreit hätte, aber ohne ihm den Kaufpreisanspruch zu belassen. Daß der Verkäufer aber die Gattungsschuld durch eine fehlerhafte Sache nicht konkretisieren kann, und daß vor der tatsächlichen Übergabe der fehlerhaften Sache die Gefahr in keinem Sinn übergeht, das mag der Verkäufer sich nur selbst zuschreiben: hätte er eben eine fehlerfreie Sache geliefert (vgl. den Fall des vom Käufer zu vertretenden Untergangs der fehlerhaften Sache bei RG. 69, 407).

III. Es ist in der Tat auffällig, daß nach diesen Ausführungen für den Umfang der Erfüllungspflicht des Verkäufers beim Spezieskauf und beim Genuskauf Verschiedenes gelten soll. Aber dies beruht auf der prinzipiellen Verschiedenheit beider Arten des Kaufs (vgl. Bechmann 2 § 212, insbes. bei Note 4); im einen Fall will der Käufer diese bestimmte Sache haben, wie sie steht und geht (vgl. Windscheid-Kipp § 394 Note 20), da muß er auch Fehler „mit in den Kauf nehmen" und darf froh sein, daß ihm überhaupt im entwickelten Recht[1] die ädilizischen Klagen gegeben werden; im andern Fall hat er dagegen keine bestimmte Sache im Auge, sondern er vereinbart nur eine Summe von Gattungsmerkmalen, wie sie unendlich oft vereint in der Wirklichkeit vorkommen, hier erwartet er mit Recht eine fehlerlose Sache, hier nötigt nichts zur Beschränkung des Erfüllungsanspruchs (s. Wolff S. 67, 69). Es ist dabei

[1] S. übrigens wegen des englisch-amerikanischen Rechts, wo noch jetzt im wesentlichen der Satz gilt ‚Caveat emptor!', RG. 67, 86 (88).

nur façon de parler, ob man den unzweifelhaft vorhandenen Unterschied mit Wolff so sehr betonen will, daß man dem Gattungskauf den Charakter als Kauf abspricht und ihn als eigene Vertragsart behandelt, oder ob man beide Geschäfte unter dem Begriff des Kaufs zusammenfassen will.

IV. Die Fehlerlosigkeit der Sache gehört beim Gattungskauf zur Erfüllungspflicht des Verkäufers; beim Gattungskauf, d. h. soweit es ein Gattungskauf ist. Liegt nämlich ein gemischtes generisches Schuldverhältnis vor, ist also eine individuelle Bestimmung neben der generellen, bloß qualitativen vorhanden, so sind Elemente der Gewährleistung bei Spezieskäufen unvermeidlich (ebenso Nowicki S. 61). Demnach ist zu unterscheiden: ist die ganze Gattung, z. B. dieses individuelle Faß Wein, aus dem ein Liter verkauft ist, fehlerhaft, so ist der Fehler jenes Liters Wein als Fehler einer individuell verkauften Sache zu behandeln (so auch Planck Anm. 2 i zu § 480, vgl. übrigens auch Nowicki S. 40); eine Unmöglichkeit der Erfüllung liegt nicht vor, wenn das Faß Wein schon beim Vertragsschluß sauer war; dagegen ist eine nach den Regeln des Spezieskaufs zu behandelnde Unmöglichkeit anzunehmen, wenn das Faß nach dem Vertragsschluß sauer geworden ist; hier konkurrieren die Gewährleistungsansprüche mit den Unmöglichkeitsansprüchen. Ist umgekehrt bloß die zufällig herausgegriffene Menge fehlerhaft, ist z. B. der Liter Wein nach der Abzapfung verunreinigt worden, so sind nur die Regeln vom Gattungskauf anzuwenden, es kann also Nachlieferung verlangt werden.

§ 11. Erfüllungs- und Gewährleistungstheorie in Anwendung auf die Zusicherung.

I. Die nur intensiv wirkende Zusicherung. — II. Die auch extensiv wirkende Zusicherung. —

I. Wenn die Zusicherung sich auf eine Eigenschaft der Kaufsache bezieht, die diese nach § 459 Abs. 1 ohnehin haben muß, wenn also die Abwesenheit eines an sich schon zu vertre-

tenden Fehlers zugesichert wird, so wirkt die Zusicherung nur intensiv, die Haftung des Verkäufers wird nicht erweitert, sondern nur verstärkt (vgl. § 7 IV 1 a u. b). Hier ist die Zusicherung für die Frage, welche Leistungen dem Verkäufer zum Zweck der Erfüllung obliegen, gleichgültig, denn der Kreis der möglichen Leistungsgegenstände wird nicht anders bestimmt, als er auch ohne besondere Vereinbarung sich gestalten würde. Es gilt also die Erfüllungstheorie, gerade wie wenn nichts zugesichert wäre.

II. Die Erfüllungstheorie muß aber auch anerkannt werden, wenn die Zusicherung auch extensive Wirkung hat. Kauft jemand ein Reitpferd, so muß ihm ein Reitpferd mittlerer Art und Güte geliefert werden (§ 243 Abs. 1); kauft er aber ein garantiert truppenfrommes Reitpferd, so wird den im vorigen Fall von den Parteien verabredeten Gattungs- oder Beschaffenheitsmerkmalen, denen das Tier entsprechen muß, noch ein weiteres hinzugefügt; da nun der Umfang einer Gattung mit der Zahl der sie bestimmenden Qualitätsmerkmale abnimmt (Staudinger Anm. 1, 4 zu § 243), so verengt sich der Kreis der möglichen Leistungsgegenstände, der Umfang der vertragsgegenständigen Gattung in unserem Fall noch weiter dadurch, daß alle nicht truppenfrommen Reitpferde nicht geliefert werden dürfen. Der Verkäufer kann hier nur mit einem truppenfrommen Reitpferd erfüllen (vgl. RG. 69, 407 (409)). Es ist also von vorn herein der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, einer Sache mit der zugesicherten Eigenschaft gegeben; die Leistungspflicht des Verkäufers geht auf Lieferung einer Sache von vertragsmäßiger Beschaffenheit (Wolff S. 69, Friedberg S. 34, vgl. auch Staub Anm. 2, 3 zu § 360; besonders bestimmt auch RG. JW. 08, 740 Nr. 8). S. auch die guten Beispiele Wolffs S. 68, die allerdings nicht Fälle von Zusicherungen, sondern von Angaben betreffen. Der § 243 Abs. 1 hat in unseren Fällen den Sinn, daß innerhalb der geschuldeten Gattung, d. h. unter den Exemplaren, welche die sämtlichen vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale haben, ein solches von mittlerer Art und Güte herausgesucht werden muß (vgl. § 10 II).

Die hiemit gewonnenen Resultate sind umso sicherer, als die Erfüllungstheorie vielfach auch von solchen, die sie für die gesetzliche Mängelhaftung nicht anerkennen, wenigstens für den

Fall der Zusicherung vertreten wird (vgl. oben § 7 I); wenn also beim Gattungskauf das Nichtvorhandensein von gesetzlich zu vertretenden Fehlern Inhalt der Erfüllungspflicht des Verkäufers ist (§ 10), so muß Entsprechendes umsomehr für den Fall der Zusicherung gelten.

§ 12. Die Zusicherung als Garantievertrag.

Neben der im vorigen Paragraphen dargestellten Wirkung hinsichtlich der Erfüllungspflicht des Verkäufers hat die Zusicherung aber weiter auch hier die Funktion eines Garantievertrags, wie er oben im § 8 gekennzeichnet wurde. Der Verkäufer verspricht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§ 480 Abs. 2), sich auch den ädilizischen Ansprüchen zu unterwerfen (§ 459 Abs. 2) für den Fall, daß die von ihm gelieferte Sache die zugesicherte Eigenschaft nicht haben sollte. Wenn beispielsweise der Reservehauptmann der Infanterie im Mobilmachungsfall in aller Eile gattungsweise ein garantiert truppenfrommes Reitpferd kauft, und das Pferd den Reiter, noch ehe Roß und Mann einen Feind gesehen, beim Intonieren der Musik abwirft, so kann der Hauptmann aus dem Garantievertrag den ihm durch den Sturz zugehenden Schaden ersetzt verlangen, er kann aber auch auf Lieferung eines wirklich truppenfrommen Reitpferds bestehen. Während also die Zusicherung beim Spezieskauf nur die Garantiefunktion hat (§ 8 I), muß man ihr hier für die Regel eine doppelte Funktion zuerkennen; sie begründet den Anspruch auf Lieferung einer Sache mit der zugesicherten Eigenschaft und gleichzeitig den unbeschränkten Garantieanspruch auf Schadensersatz oder den beschränkten Garantieanspruch auf Wandlung oder Minderung; jede dieser vier Möglichkeiten steht dem Käufer nach seinem Belieben zur Verfügung. Nur in dem Fall hat die Zusicherung auch hier allein die Garantiefunktion, wo sich der Anspruch auf Lieferung der Sache mit der zugesicherten Eigenschaft schon aus anderen Gründen ergibt, also im Falle der nur intensiven Wirkung der Zusicherung, im Falle der Garantie für die Abwesenheit eines an sich schon zu vertretenden Fehlers.

§ 13. Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung.

I. Umgrenzung der Aufgabe. — II. Die Konkretisierung und die Rechtslage, wenn die Konkretisierung eingetreten ist. — III. Die Rechtslage, wenn die Konkretisierung infolge des Mangels nicht eintritt. — IV. Vergleich mit dem Spezieskauf. –

I. Im einzelnen sind die Folgerungen aus der in den beiden vorigen Paragraphen dargelegten rechtlichen Natur der Zusicherung beim Gattungskauf nur anzudeuten. Dabei kann auf das, was im § 9 I über spezielle Folgerungen aus dem Wesen der Zusicherung als Garantievertrag und im § 9 IV über die Selbständigkeit der Verschuldenshaftung (vgl. auch 66, 289) gesagt wurde, Bezug genommen werden.

II. Die Konkretisierung, die Umwandlung des Genuskaufs in einen Spezieskauf, kann durch die Tätigkeit des Verkäufers allein, der die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert, nicht eintreten; er hat das, was seinerseits zur Lieferung einer Sache der geschuldeten Gattung erforderlich war (§ 243 Abs. 2), nicht getan. Vgl. § 10 II a. E., ebenso im Effekt Wolff S. 70/1; a. M. konsequent Schollmeyer S. 101. Aus dem eben aufgestellten Satz folgt: wenn die Sache vom Käufer wegen des Mangels zurückgewiesen wird und nun zufällig untergeht, hat der Verkäufer ein anderes Exemplar der Gattung zu liefern; die Leistung ist nicht objektiv unmöglich geworden (vgl. § 279).

Die Konkretisierung tritt also nur dann ein, wenn die Parteien ungeachtet des Mangels dies vereinbaren — ein Fall vertragsmäßiger Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses (§ 305), der aber gewiß selten vorkommen wird; vgl. auch Wolff S. 71 ff., Düringer-Hachenburg 2, 400 — oder aber, wenn die Sache zur Zeit der Konkretisierung die zugesicherten Eigenschaften hat. Der Kauf ist dann als Spezieskauf anzusehen, nicht mehr als Gattungskauf (Wolff S. 73, 76); ein Nachlieferungsanspruch besteht nicht. Dagegen hat der Käufer im Falle vertragsmäßiger Konkretisierung den Wandlungs- und den Minderungsanspruch, wenn die zugesicherte Eigenschaft im Augenblick des Gefahrübergangs fehlt (§ 459 Abs. 2), und den Anspruch auf Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung, wenn sie schon im Augenblick der Konkretisierung fehlt (§ 463 Satz 1 sinngemäß angewendet). Diese Ansprüche entstehen nicht erst mit der Übergabe der konkretisierten Sache, sondern schon mit der Konkretisierung, die dem Vertragsabschluß beim Spezieskauf parallel steht (Schollmeyer S. 96, s. ferner § 6 IV). Der Verkäufer hat die Sache so zu leisten, wie sie im Augenblick der Konkretisierung ist (Schollmeyer S. 112, 118, Friedberg S. 52/3); ist also etwa die zugesicherte Eigenschaft vorhanden gewesen, und ist deshalb oder kraft vertragsmäßiger Einigung die Konkretisierung eingetreten, ist die Eigenschaft aber dann vor dem Gefahrübergang weggefallen, so hat der Käufer in Konkurrenz mit dem Wandlungs- und dem Minderungsanspruch die Erfüllungsansprüche; daß auch abgesehen von dem Fall einer vertragsmäßigen Konkretisierung eine solche Zwischenzeit zwischen Konkretisierung und Gefahrübergang denkbar ist, hat Schollmeyer (S. 96) nachgewiesen.

Endlich kann eine Konkretisierung der Sache nach dadurch eintreten, daß der Nachlieferungsanspruch wegfällt: der Verkäufer erklärt sich etwa mit dem Verlangen der Wandlung oder Minderung einverstanden (§ 465), oder der Käufer versäumt die ihm gemäß §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 466 gesetzte Frist, oder aber er nimmt die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltslos an (§ 464); auch gemäß §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 467, 351—353, endlich durch Verjährung gemäß § 477 kann der Nachlieferungsanspruch wegfallen. Der Käufer ist dann je nach Umständen auf seine anderen Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Sache beschränkt oder er hat alle seine Ansprüche verwirkt. Die Konstruktion Wolffs (S. 72 ff.), in einem Teil dieser Fälle liege eine stillschweigende Willenseinigung über die Konkretisierung vor, ist sehr gezwungen; durch die in den bezeichneten Paragraphen angeordneten Änderungen der Rechtslage ist eben tatsächlich ein der Konkretisierung völlig entsprechender Rechtszustand herbeigeführt worden; der Annahme einer stillschweigenden Willenseinigung bedarf es nicht.

III. Ist aber die Konkretisierung infolge des Mangels nicht eingetreten — und dies sind auch bei tatsächlicher Lieferung der Sache die weitaus meisten Fälle, da der Mangel, wenn auch nicht den Gefahrübergang, so doch die Konkretisierung hindert —, so gilt folgendes:

1. Der Käufer kann die mangelhafte Sache zurückweisen, ohne in Verzug der Annahme zu kommen, denn die Leistung ist ihm nicht so, wie sie zu bewirken war, tatsächlich angeboten worden (§ 294); der Verkäufer hat ihm vielmehr ein aliud angeboten (ebenso Wolff S. 69; a. M. konsequent Schollmeyer S. 101). Der Käufer verlangt dann einfach Erfüllung des Vertrags (Oertmann Anm. 2 zu § 480, Staub Anm. 94 zu § 377); es handelt sich um den ursprünglichen Vertragsanspruch, nicht um einen Gewährleistungsanspruch; die im § 480 für den Nachlieferungsanspruch bestimmten Beschränkungen finden keine Anwendung, § 480 erwähnt den hier fraglichen Anspruch, der aus § 433 folgt, überhaupt nicht (dies gegen Wolff S. 69 unten, S. 70 oben). Der Käufer hat auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Denkbar ist es, daß ihm auch Ansprüche wegen ursprünglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung zustehen, wenn nämlich die Gattung kein mangelfreies Exemplar aufweist (Wolff S. 67, vgl. § 279). Einen Anspruch auf Ausbesserung des zurückgewiesenen Exemplars hat der Käufer nicht, denn die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht auf Leistung von Arbeit, sondern auf Lieferung von Ware; der Käufer kann nicht verlangen, daß der Verkäufer gerade dieses Exemplar als ein mangelfreies liefere, er kann nur Lieferung irgend eines mangelfreien Exemplars verlangen, muß also dem Verkäufer gestatten, der ursprünglich angebotenen Sache eine andere substituieren.

Im Fall der Zurückweisung der mangelhaften Sache hat der Käufer keine Gewährleistungsansprüche, denn diese entstehen beim Gattungskauf erst mit dem Gefahrübergang (so die herrschende Meinung: Planck Anm. 2 zu § 480 (er spricht nur von Wandlung und Minderung), Staudinger Anm. III 1 e zu § 480, Staub Anm. 65 zu § 377 (für die Wandlung), Kiehl S. 608, Hamburg ROLG. 8, 441 (wo freilich das Zitat „§ 480" für das Erfüllungsbegehren des mangelhafte Ware zurückweisenden Käufers irreleitet), Hamburg ROLG. 20, 182 und dort Zitierte). Der Käufer ist nicht befugt, den Verkäufer an seinem mangelhaften Angebot festzuhalten, dieser hat vielmehr ein unbedingtes Recht, eine bessere Sache statt der angebotenen, aber zurückgewiesenen zu liefern (anders anscheinend Staub Anm. 55 zu § 377; aber in dem Fall des RG. 52, 352, auf den Staub sich beruft, war der Gefahrübergang durch die Übergabe der Konnossemente be-

reits erfolgt). Denkbar wäre ja auch eine Konstruktion, wie sie soeben abgelehnt wurde; denn eine bestimmte Sache, an der Mängel tatsächlich bestehen und festgestellt werden können, ist schon mit dem Angebot gegeben (s. § 10 II). Allein das Interesse des Käufers wird dadurch genügend geschützt, daß er gemäß § 286 Abs. 1 einen Anspruch auf Ersatz des Schadens hat, der ihm dadurch zugeht, daß er die erste Lieferung wegen Mangelhaftigkeit zurückweisen muß und eine ordnungsmäßige Lieferung erst später erhält. Die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche beim Gattungskauf auf die Zeit nach dem Gefahrübergang rechtfertigt sich auch durch die Erwägung, daß im gemeinen Recht ein Teil der Praxis und namhafte Theoretiker überhaupt die Gewährleistungsansprüche beim Gattungskauf versagt haben: es besteht eben hier für sie lange kein so dringendes Bedürfnis wie beim Spezieskauf, weil ja die Erfüllungsansprüche gegeben sind, und Lieferung einer vertragsmäßigen Sache im allgemeinen immer noch möglich ist (s. Oertmann Anm. 1 zu § 480, Mot. 2, 241). Immerhin können Fälle vorkommen, wo diese Beschränkung des Käufers hart ist; z. B. er hat sich zur Pränumerandozahlung des Kaufpreises verpflichtet, der Verkäufer aber erklärt, er werde diese bestimmte Sache und keine andere liefern, diese Sache aber ist mangelhaft.

2. Der Käufer kann aber auch die mangelhafte Sache, statt sie zurückzuweisen, annehmen, nur muß er sich dabei, wenn er den Mangel kennt, seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit vorbehalten (§ 464). Durch die Übergabe geht dann die Gefahr auf ihn über (§ 446); dagegen tritt die Konkretisierung nicht ein. Nunmehr sind dem Käufer die sämtlichen im § 480 aufgezählten Ansprüche gegeben, insbesondere auch die ädilizischen Klagen. Die Anschauung Wolffs (S. 71), die eigentlichen Gewährleistungsansprüche seien hier nicht gegeben, ist schon aus praktischen Erwägungen völlig unhaltbar und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen. Soweit der Käufer die ädilizischen Ansprüche geltend macht, behandelt er den Kaufvertrag als erfüllt, als einen Spezieskauf, er verhält sich also so, als wäre die Konkretisierung eingetreten; er kann aber auch den Kaufvertrag als nicht erfüllt behandeln und demgemäß den Nachlieferungsanspruch geltend machen (Oertmann Anm. 2 zu § 480, Crome § 147 Nr. 2, s. auch § 10

II Abs. 5). Es konkurrieren also die Erfüllungsansprüche mit den Gewährleistungsansprüchen (vgl. § 9 III und Friedberg S. 45).

Der Erfüllungsanspruch hat sich nunmehr in den Nachlieferungsanspruch verwandelt; der letztere setzt als solcher schon nach dem Wortlaut des § 480 („an Stelle der mangelhaften Sache") die erfolgte Lieferung voraus; er besteht also vorher nicht. Es handelt sich beim Nachlieferungsanspruch um Modifikationen des Erfüllungsanspruchs, die aber seinen Charakter als Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags nicht beseitigen (Wolff S. 70, 73, anders konsequent Schollmeyer S. 102, s. auch § 10 I Abs. 2). Der Käufer, der Nachlieferung begehrt, kann also den Verkäufer in Verzug setzen, ihm eine Nachfrist bestimmen und dann die Rechte aus § 326 geltend machen (Wolff S. 75, wohl auch RG. JW. 04, 198 Nr. 7, dagegen Schollmeyer S. 102). Andererseits ist der Nachlieferung begehrende Käufer auch der Einrede des nicht erfüllten Vertrags von Seite des Verkäufers ausgesetzt, z. B. wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt, der Verkäufer aber dennoch, ohne daß eine Verpflichtung zur Vorleistung bestand, die mangelhafte Sache geliefert hat.

Die sonstigen Rechte aus der Nichterfüllung stehen dem Käufer prinzipiell unverändert zu. Die Lieferung der mangelhaften Sache begründet für ihn die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags, die exceptio non rite adimpleti contractus (vgl. Planck Anm. 3 u. 4 zu § 320, für die Zulässigkeit dieser Einrede im gegebenen Fall auch Prot. 1, 637); diese Einrede steht in Konkurrenz mit den Mängeleinreden, insbesondere der Einrede der nicht erfolgten Nachlieferung (Planck Anm. 3 b zu § 480); der Käufer wird aber zweckmäßig die Mängeleinreden geltend machen, weil er dadurch die Klagabweisung erreicht, also das Verhältnis dauernd zu Ende führt, während die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur seine Verurteilung Zug um Zug zur Folge hat. Vgl. ferner Friedberg S. 55. Ist es unmöglich, ein mangelfreies Exemplar zu liefern, so bestehen die Ansprüche des Käufers nach Unmöglichkeitsrecht; insoweit ist auch der Nachlieferungsanspruch ausgeschlossen. Ferner läge es nahe, dem Käufer ein Recht auf Nachbesserung der Sache, einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, falls diese möglich ist, zu gewähren. Der Käufer hat eine Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu bekommen; die Sache hat er, also muß er

noch die Eigenschaft bekommen (vgl. oben § 6 V 2 b, § 7 IV 2 b). Dennoch werden die praktischen Gründe, die beim Spezieskauf zur Versagung eines Rechts auf Nachbesserung geführt haben, auch hier Geltung beanspruchen müssen: es wäre für den Verkäufer hart, wenn er, der etwa Händler oder Privatmann ist, nun wie der Unternehmer eines Werks (§ 633 Abs. 2 Satz 1), wie ein Handwerker behandelt würde; der Verkäufer wird im allgemeinen zur Herstellung von Reparaturen nicht eingerichtet sein und deshalb unverhältnismäßige Schwierigkeiten damit haben. Dazu kommt, daß der Erfolg einer solchen Reparatur recht oft zweifelhaft sein wird, so daß immer neue Streitigkeiten entstehen würden. Aus diesen Gründen wird man dem Käufer nur die Wahl geben können, entweder den Vertrag als nicht erfüllt zu betrachten und den nunmehr modifizierten Erfüllungsanspruch geltend zu machen, also die Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache zu verlangen, oder aber das Geschäft als Spezieskauf zu behandeln, und nun die für diesen Fall gegebenen Behelfe, zu denen ein Nachbesserungsanspruch nicht gehört, zu gebrauchen; aber ein Recht, die Sache als Speziessache zu behalten und nun, gestützt auf die aus dem Wesen des Gattungsgeschäfts folgende Erfüllungstheorie, Lieferung der Eigenschaft, also Beseitigung des Mangels zu verlangen, kann dem Käufer nicht zugestanden werden (ebenso Schollmeyer S. 101, Oertmann Anm. 2 zu § 480, Friedberg S. 52/3, Nowicki S. 41; dagegen war in dem Fall des Reichsgerichts JW. 04, 198 Nr. 7 in einem Vorprozeß eine Verurteilung auf Beseitigung des Mangels der Maschine erfolgt). Übrigens ist die hier behandelte Frage, ob der K ä u f e r ein Recht auf Nachbesserung hat, wohl zu unterscheiden von der anderen, ob er unter Umständen dem V e r k ä u f e r gestatten muß, die ädilizischen Ansprüche und den Schadensersatzanspruch durch Lieferung einer mangelfreien Sache (s. Planck Anm. 4 zu § 480, RG. 61, 92) oder auch durch Nachbesserung der gelieferten mangelhaften Sache, durch Beseitigung des Mangels (so RG. JW. 04, 198 Nr. 7 auf S. 199) abzuwenden.

Soviel von den Erfüllungsansprüchen des Käufers. Mit ihnen konkurrieren gemäß § 480 die Gewährleistungsansprüche, die Ansprüche auf Wandlung und Minderung und der Schadensersatzanspruch, die aus dem reellen oder fingierten Garantievertrag entspringen. In dieser Konkurrenz zeigt sich

deutlich die im § 12 hervorgehobene doppelte Funktion der Zusicherung.

IV. Der Vergleich der hier dargelegten Sätze mit der Rechtslage beim Spezieskauf (§ 9) ergibt folgendes: Dort bestand die Schwierigkeit, die Konkurrenz zwischen den verschiedenen denkbaren Behelfen einzuschränken und, soweit dies ausnahmsweise nicht möglich war, nämlich für Mängel, die zwischen Vertragsabschluß und Gefahrübergang entstehen, sie zu regeln. Das Resultat war die ausschließliche Herrschaft der Gewährleistungsansprüche für die Regelfälle, die Konkurrenz von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen für den eben bezeichneten Ausnahmefall. Der Gattungskauf folgt, sobald er konkretisiert ist, analogen Regeln: ist er nicht konkretisiert, so bestehen, wenn der Gefahrübergang nicht erfolgt ist, bloß die unveränderten Erfüllungsansprüche, andernfalls die Gewährleistungsansprüche in Konkurrenz mit den Behelfen aus der Nichterfüllung, deren wichtigster, der Nachlieferungsanspruch, im Sinn einer Angleichung an die Gewährleistungsvorschriften erheblich modifiziert ist. Die Schwierigkeit bestand hier darin, das Gebiet der Gewährleistung nach den Grundsätzen des Gattungskaufs und das Gebiet der Haftung nach den Grundsätzen des Spezieskaufs abzugrenzen.

2. Teil.

§ 14. Die atypische Zusicherung.

I. Modifizierte typische Zusicherungen. — II. Allgemeines über die atypischen Zusicherungen. — III. Versprechen der Beseitigung eines feststehenden Mangels. — IV. Versprechen der Beseitigung eines nicht feststehenden Mangels. — V. Die atypische Zusicherung beim Gattungskauf. — VI. Zusammenfassung. —

I. Im vorhergehenden Teil dieses Unterabschnitts ist die Zusicherung, wie sie im Leben normal auftritt, die typische Zusicherung, behandelt worden. Es kommen aber auch anomale Fälle vor, von denen jetzt zu handeln ist: atypische Zusicherungen

Dabei ist nicht daran zu denken, daß die dispositiven Regeln des Gesetzes in irgend einem Punkt geändert sind, der für das Wesen der Zusicherung, wie es im vorhergehenden Teil gefunden wurde, nicht entscheidend ist (vgl. Neumann Bem. IV 2 a vor §§ 459 ff.). In solchen Fällen liegen ebenfalls typische Zusicherungen vor; für den Zweck dieser Untersuchung bedarf es daher einer eingehenderen Würdigung dieser Fälle nicht. Ein Beispiel einer solchen modifizierten typischen Zusicherung ist folgendes: der Verkäufer übernimmt bei einem Spezieskauf die Garantie dafür, daß eine Eigenschaft zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden sein werde; hier liegt eine Änderung des § 463 Satz 1 zu Gunsten des Käufers vor (vgl. Eccius S. 310/11, 339, Planck Anm. 2 zu § 463 a. E., Oertmann Anm. 4 zu § 460). Dabei kann zweifelhaft sein, ob der für die Gewährleistung maßgebende Zeitpunkt etwa noch weiter als bis zum Gefahrübergang hinausgerückt werden kann. Das Reichsgericht (Gruchot 51, 935, LeipzZ. 09, 233 Nr. 26) hat das verneint, im Gegensatz zu dem Oberlandesgericht Karlsruhe, dessen Urteil (RJLG. 12, 55) in der ersterwähnten Entscheidung aufgehoben wurde; das Gesetz — so sagt das Reichsgericht — biete nicht den geringsten Anhalt dafür, daß der kritische Zeitpunkt über den Gefahrübergang hinausgeschoben werden könne, und folglich sei dies unzulässig (ebenso Staub Anm. 45 zu § 377, OLG. Hamburg LeipzZ. 08, 245; gegen das Reichsgericht anscheinend Staudinger Anm. IV 5 a zu § 459). Die Deduktion des Reichsgerichts ist meines Erachtens falsch: das Gesetz verbietet diese Verschiebung nicht, und folglich können die Parteien kraft der im Schuldrecht herrschenden Vertragsfreiheit sie vereinbaren (vgl. Eccius S. 339); ferner: das Reichsgericht nimmt in diesem Fall einen Garantievertrag an — warum sollte man nun, da nach der hier vertretenen Auffassung jede Zusicherung einen Garantievertrag darstellt, ohne zwingenden Grund einen unbenannten Garantievertrag zu Grunde legen, während das Gesetz einen speziell geregelten Garantievertrag darbietet? Ich halte es für sicher, daß der Wandlungsanspruch des Käufers in dem zuerst erwähnten reichsgerichtlichen Fall mehr den Parteiabsichten entsprochen hätte, als seine Beschränkung auf den Schadensersatzanspruch. Einen ganz ähnlichen Fall behandelt die Entscheidung des Reichsgerichts 52, 429: es sollte zuge-

sichert worden sein, daß die Stadtgemeinde eine öffentliche Straße, die das verkaufte Grundstück mit der bereits bestehenden Straße verbunden hätte, unter den üblichen Bedingungen anlegen und damit das Grundstück baureif machen werde; in diesem Fall hat nun das Reichsgericht die Abweisung der Klage des Käufers nicht darauf gegründet, daß Eigenschaften für die Zeit nach dem Gefahrübergang nicht zugesichert werden könnten, sondern darauf, daß — was hier nicht zu prüfen ist — eine Eigenschaft überhaupt nicht in Frage stehe. Vielleicht wird das Reichsgericht also doch noch zu der hier vertretenen Auffassung zurückkehren.

Im Falle einer solchen Zusicherung mit hinausgeschobenem kritischen Zeitpunkt weiß der Käufer möglichenfalls, daß die Eigenschaft beim Kaufabschluß fehlt; dann kann es der Parteiabsicht entsprechen, daß die Regel des § 460 Satz 1 geändert werden soll; der Verkäufer will die Garantie dafür übernehmen, daß die jetzt nicht vorhandene Eigenschaft später von selbst oder zufolge seiner Bemühungen vorhanden sein werde. So Planck Anm. 2 zu § 460, Staudinger Bem. IV 11 b zu § 459, 1 g zu § 460, Eccius S. 311, Oertmann Anm. 4 zu § 460, Nowicki S. 22.

Im Fall einer solchen Zusicherung mit hinausgeschobenem Resultaten; eine Verpflichtung des Verkäufers, die Eigenschaft herzustellen, liegt der Parteiabsicht fern.

II. Unter dem Ausdruck „atypische Zusicherung" sind jene Fälle der Zusicherung zu verstehen, bei welchen der Verkäufer sich verpflichtet, eine Eigenschaft zu verschaffen, einen Mangel zu beseitigen, die Fälle also, in denen eine Nachbesserungspflicht vertragsmäßig bestimmt wird. Dies ist begrifflich nur bei solchen Eigenschaften denkbar, die nachträglich hergestellt werden können, und bei solchen Fehlern, deren Beseitigung möglich ist; andernfalls bleibt bloß die typische Zusicherung übrig (vgl. § 306). Andere Nebenverpflichtungen des Verkäufers, die nicht mit Mängeln der Kaufsache zusammenhängen, stehen hier nicht in Frage (s. Staub Anm. 8, 9, 41 Abs. 2 zu § 377).

Im allgemeinen wurde eine derartige Nachbesserungspflicht des Verkäufers ebenso für die gesetzliche Mängelhaftung wie für den Fall der Zusicherung verneint (so für die gesetzliche Mängelhaftung beim Spezieskauf § 6 V 2 b, für die Zusiche-

rung beim Spezieskauf § 7 IV 2 b, für den Gattungskauf § 13 III 2), aber es ist zweifellos, daß die Parteien etwas Derartiges vereinbaren können. Daß diese Herstellungspflicht nicht durch die Kenntnis des Käufers von dem Mangel ausgeschlossen wird, ist klar (so auch Mot. 2, 226, Prot. 2, 672; vgl. auch Oertmann Anm. 5 a β zu § 462 und Anm. 4 zu § 460). Wird eine derartige Vereinbarung getroffen, so liegt im Sinn der im § 5 I aufgestellten Terminologie ein Nebenvertrag vor. Dieser Vertrag wird als Werkvertrag zu betrachten sein (ebenso für die Regel Nowicki S. 22); die Vergütung, die für § 631 wesentlich ist, liegt in dem Kaufpreis, von dem ein Teil, wenn auch nicht ein von den Parteien bestimmter Teil auch die noch erforderliche Arbeitsleistung belohnen soll. Ich vermag der Behauptung Schollmeyers (S. 119) nicht beizupflichten, daß hier ein Werkvertrag, dessen Begriff im übrigen gegeben sei, bloß deshalb nicht anerkannt werden soll, weil der Vertrag mit einem Kaufvertrag eng verbunden ist; auch Schollmeyer wendet ja auf die Mängelbeseitigungspflicht die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags an — warum dann nicht die über den Werkvertrag, wenn doch eine Gegenleistungspflicht des Käufers der Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers gegenübersteht? Aus der Unterstellung dieses Nebenvertrags unter den Begriff des Werkvertrags folgt, daß auf das Werk, die Beseitigung des Mangels, wieder die Regeln von der Mängelhaftung beim Werkvertrag (§§ 633 ff.) Anwendung finden: man vergegenwärtige sich folgendes Beispiel: die noch zu reparierende Bremse des gekauften Autos ist zwar hergestellt, funktioniert auch, aber es ist vergessen worden, die neuen blanken Drahtteile der Bremse mit der Farbe des Wagens anzustreichen; nach § 633 Abs. 2 Satz 1 kann nun der Käufer als Besteller des Werks die Beseitigung dieses Mangels verlangen. Auch sonst sind die Regeln vom Werkvertrag und von den gegenseitigen Verträgen auf diese Verpflichtung des Verkäufers anzuwenden, so etwa die von der nachträglichen Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung oder vom Verzug des Verkäufers (Schollmeyer S. 120); auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wird dem Käufer, der auf den Kaufpreis belangt wird, in Gemäßheit des § 320 Abs. 2 gegeben sein, solange nicht der Mangel beseitigt ist (vgl. Prot. 1, 637). Übrigens liegt gänzliche Unmöglichkeit und Totalverzug in Bezug auf die Verpflichtungen des Verkäu-

fers aus dem Nebenvertrag vor, nicht, wie Schollmeyer konsequent meint, Teilverzug bezüglich der einen Teil des Kaufvertrags bildenden Mängelbeseitigungspflicht. Die Lieferung der unverbesserten Sache ist auch keine Teilleistung; deshalb kann der Käufer sie nicht ablehnen (§§ 294, 266) — es sei denn, daß der noch nicht beseitigte Mangel ihm gleichzeitig die Wandlungseinrede gewährt. Die Selbständigkeit des Herstellungsanspruchs zeigt sich auch darin, daß er nicht der kurzen Verjährung des § 477 unterliegt (Neumann Bem. IV 2 b vor §§ 459 ff.).

III. Diese Fälle der vertraglichen Mängelbeseitigungspflicht lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Der einen gehören die Fälle an, in denen, wie beide Parteien wissen, ein Mangel vorhanden ist, und dieser vor der Ablieferung noch beseitigt werden soll. Der Verkäufer kann eine solche Verpflichtung unter Umständen sogar stillschweigend übernehmen, vgl. Cosack § 127 I 3, zustimmend Oertmann Anm. 4 zu § 460.

Der Mangel kann zu den im § 459 Abs. 1 genannten Fehlern gehören; es kann auch für seine Abwesenheit zur Zeit des Gefahrübergangs die Haftung übernommen sein (§ 7 IV 1 a), und, soferne es sich nicht um gesetzlich zu vertretende Fehler handelt, wird man dies sogar im Zweifel annehmen können, denn der Käufer hat durch das Verlangen der Beseitigung dieses Mangels zu erkennen gegeben, daß er die Abwesenheit desselben für seine Zwecke voraussetze; er hat etwa verlangt, daß das gekaufte Automobil mit einer anderen Farbe unabfärbbar angestrichen wird. Nur bei unerheblichen Fehlern (§ 459 Abs. 1 Satz 2) wird diese Tatsachenvermutung nicht ohne weiteres bestehen, so etwa wenn an dem Fahrzeug noch die Lackierung an irgend einer unbedeutenden Stelle nachgestrichen werden soll. Endlich kann die Abwesenheit des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zugesichert sein. In allen drei Fällen ist die dispositive Regel des § 460 Satz 1 durch die Parteiabrede ausgeschlossen (vgl. oben I; wie hier auch Mot. 2, 226, vgl. auch Prot. 2, 672/3 und Mot. 2, 229, ferner Oertmann Anm. 4 zu § 460). In dem dritten Fall ist auch die Vorschrift des § 463 Satz 1 bezüglich des kritischen Zeitpunkts unanwendbar (vgl. oben I).

Man wird nach dem Gesagten dem Käufer in

Konkurrenz mit dem vertraglichen Mängelbeseitigungsanspruch im allgemeinen auch die Gewährleistungsansprüche geben. So will auch die erwähnte Stelle der Protokolle in ähnlichen Fällen prüfen, ob nicht ein gültiges Garantieversprechen (trotz der Kenntnis des Käufers) vorliege; dabei ist nicht erfindlich, warum ein solches nur im Fall der Unmöglichkeit der Herstellung der Eigenschaft sollte vorliegen können, wie das Kommissionsmitglied zu meinen schien, nicht auch im Fall der Möglichkeit der Herstellung. Wie hier wohl auch Stamm (S. 48), der eine vertragsmäßige Gewährleistungspflicht des Verkäufers für die Herstellung der zugesicherten Eigenschaften für möglich hält, ähnlich Oertmann Anm. 4 zu § 460, Neumann Bem. IV 2 b vor §§ 459 ff., OLG. Hamburg Recht 09 Beil. Nr. 447 (Versprechen, Roßhäute zu markieren; das Gericht erwähnt den Herstellungsanspruch nicht). Diese Konkurrenz der Mängelbeseitigungspflicht und der Gewährleistungsansprüche wird von Planck Anm. 2 d zu § 459, Anm. 2 zu § 460, Staudinger Anm. IV 11 a zu § 459, Eccius S. 310, Friedberg S. 24, 28, Schollmeyer S. 120, wohl auch von dem Reichsgericht in der leider nicht ausführlich bekannten Entscheidung Recht 08 Beil. 2, 161 Nr. 958, 960 bestritten; gewiß handelt es sich hier um die Erfüllung von Vertragspflichten, aber das schließt doch nicht aus, daß derselbe Tatbestand auch die Gewährleistungsansprüche erzeugt; noch weniger stichhaltig ist Schollmeyers Begründung, § 460 schließe die Ansprüche des Käufers aus; denn diese Bestimmung ist doch dispositiv, und wenn beide Teile sich darüber klar sind, daß ein Mangel vorhanden ist, der beseitigt werden soll, wird es auch ihre Absicht sein, daß der Käufer etwaige Gewährleistungsansprüche durch seine Kenntnis des Mangels nicht verwirken soll (ebenso Staudinger Anm. 1 g zu § 460, RG. Recht 08 Beil. 2, 161 Nr. 960).

Die Konkurrenz der Gewährleistungsansprüche und des Herstellungsanspruchs wird dadurch beeinflußt, daß nach dem Willen der Parteien zunächst der Mangel beseitigt werden soll: die Beseitigung des Mangels ist nicht nur eine Pflicht des Verkäufers, sondern auch sein Recht. Die Gewährleistungsansprüche sind also in unserem Fall subsidiär; man wird sie dem Käufer erst dann zugestehen, wenn die Beseitigung des Mangels nicht erfolgt. Als entscheidender Zeitpunkt bietet sich zwanglos derjenige dar, in welchem der Käufer nach § 326 (nicht § 636) von dem Werkvertrag zu-

rücktreten könnte: wenn also der Verkäufer mit der Mängelbeseitigung im Verzug ist und eine angemessene Nachfrist, die der Käufer ihm setzt, ungenutzt verstreichen läßt. Die Gewährleistungsansprüche werden auch dann eingreifen, wenn die Mängelbeseitigungspflicht etwa wegen ursprünglicher Unmöglichkeit (§ 306) entfällt (vgl. §§ 634 Abs. 2, 633 Abs. 2); in diesem Fall ist der Werkvertrag nichtig, und an sich würde nach § 139 auch das ganze Rechtsgeschäft nichtig sein, denn wenigstens der Käufer hätte das Geschäft vermutlich nicht ohne die Ausbesserungspflicht abgeschlossen (so Schollmeyer S. 120, vgl. oben § 5 II); aber die Natur der Dinge wird in dem angeführten Beispielsfall dazu zwingen, jene Regel beiseite zu lassen (vgl. über derartige Ausnahmen von § 139 RG. 62, 122 (125)); der Billigkeit entspricht es allein, in einem solchen Fall den Kaufvertrag aufrecht zu erhalten und alsbald die Gewährleistungsansprüche zu geben: der Käufer muß das Recht haben, von der unmöglichen Beseitigung des Mangels abzusehen und sich mit den Gewährleistungsansprüchen zu begnügen; tatsächlich bieten ihm diese ja auch das, was er im Fall der Nichtigkeit des Hauptvertrags hätte: er braucht nur zu wandeln und kommt dadurch praktisch im wesentlichen zu demselben Ergebnis, wie wenn man Nichtigkeit annähme.

Von dem Satz, daß die Beseitigung des Mangels hier nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Verkäufers ist, daß also die Gewährleistungsansprüche subsidiär sind, wird man eine Ausnahme machen müssen, wenn außer der Übernahme der Herstellungspflicht eine Zusicherung vorliegt, und der Käufer nun Ersatz eines nicht der gelieferten Sache unmittelbar anhaftenden Schadens, sondern *eines solchen Schadens verlangt, der ihm erst durch die Ingebrauchnahme der Sache erwachsen ist*, eines mittelbaren Schadens in diesem Sinn (vgl. RG. 71, 173 (174)). Jemand kauft etwa ein Fahrrad, an dem, wie er bemerkt, die Kettenschlußschraube nicht festsitzt, der Verkäufer verpflichtet sich, den Mangel zu beseitigen, und garantiert, daß die Schraube bei der Ablieferung in Ordnung sein wird. Das Rad wird abgeliefert, der Käufer fährt, verliert die Kettenschlußschraube und die Kette und stürzt; er kann nun seinen Schaden ersetzt verlangen und muß nicht dem Käufer gestatten, sich dadurch zu befreien, daß er die vergessene Ersetzung der zu weiten Kettenschlußschraube durch eine engere jetzt noch vornimmt. Zur Begründung dieser Schadensersatzpflicht ist weder

Verzug (vgl. § 286 Abs. 1), noch Verschulden des Verkäufers (§ 276, vgl. oben § 9 IV) erforderlich; die Schadensersatzpflicht entspringt einfach aus der Zusicherung.

Alles das sind Sätze, die sich aus der Natur der Dinge und aus der mutmaßlichen Parteiabsicht (§ 157) ergeben.

Die Ähnlichkeit der hiemit geschilderten Rechtslage mit der Mängelhaftung beim Werkvertrag (§§ 633 ff.) ist offensichtlich. Der Kauf wird durch die Vereinbarung der Herstellungspflicht dem Werkvertrag angeglichen. Wie dort die Mangellosigkeit des Werks zur Erfüllungspflicht des Unternehmers gehört (§ 633 Abs. 1, Oertmann Anm. 2 h α zu § 633), und also die Erfüllungstheorie zu Grund zu legen ist, so auch hier, obwohl ein Spezieskauf in Frage steht. **Die Parteien haben es also beim Spezieskauf in der Hand, das Rechtsverhältnis nach ihrem Belieben nach der Erfüllungstheorie oder nach der Gewährleistungstheorie auszubauen**; im Zweifel freilich wird die regelmäßige Gestaltung, also die Gewährleistungstheorie zu Grunde zu legen sein (Nowicki S. 24). Daß die Erfüllungstheorie überhaupt nur in Frage kommt, wenn die Beseitigung des Mangels möglich ist, darauf ist bereits hingewiesen worden; ist sie unmöglich, so scheidet die Erfüllungstheorie, obwohl von den Parteien gewollt, von selbst aus, und die Gewährleistungstheorie, die Beschränkung des Käufers auf die Gewährleistungsansprüche, tritt in ihre Rechte. Im Einzelnen mag für die Behandlung eines Spezieskaufs nach der Erfüllungstheorie die Analogie des Werkvertrags beachtet werden, wie dies z. B. oben bezüglich der Fälle geschehen ist, in denen die Beseitigung des Mangels von vorn herein unmöglich ist. Immerhin wird man vor schematischer Übernahme der Regeln vom Werkvertrag warnen müssen; so wurden dem Käufer oben die Gewährleistungsansprüche nur unter der Voraussetzung gegeben, daß er den Verkäufer mit der Mängelbeseitigung in Verzug gesetzt und ihm die Nachfrist fruchtlos bestimmt habe; beim Werkvertrag dagegen ist zur Entstehung der Gewährleistungsansprüche ein Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung nicht erforderlich (§ 634 Abs. 1, Planck Anm. 1 a, Oertmann Anm. 3 a zu § 634). Dieser Unterschied wird sich dadurch rechtfertigen, daß die Parteien beim Kauf mit atypischer Zusicherung die Beseitigung des Mangels bewußt gewollt haben, während sie beim Werkvertrag kraft Gesetzes zu erfolgen hat; dieser aus-

drücklichen Parteiabsicht wird dadurch Rechnung getragen, daß der Verlust des Mängelbeseitigungsrechts des Verkäufers erschwert wird. Ferner wurde dem Käufer oben für den Fall einer atypischen Zusicherung der Anspruch auf Ersatz eines mittelbaren Schadens ohne Nachfristsetzung gewährt; der Besteller dagegen hat diesen Anspruch nicht schon auf Grund der Zusicherung, sondern nur im Fall eines Verschuldens des Unternehmers (s. Fußnote 5 S. 13), und es ist selbst zweifelhaft, ob er ihm nicht nur im Fall der Fristsetzung zusteht, denn § 635 scheint für die Regel Fristsetzung zu verlangen (Planck Anm. 2 a, Oertmann Anm. 2 a zu § 635, RG. 56, 81 (in einem Fall unmittelbaren Schadens), OLG. Breslau Recht 03, 180 Nr. 936; dagegen sieht RG. 71, 173 in einem Fall mittelbaren Schadens m. E. mit Recht von dem Erfordernis der Fristsetzung ab). Dieser Gegensatz von Werkvertrag und Kaufvertrag mit atypischer Zusicherung rechtfertigt sich durch die Gegenüberstellung von § 635, der den Schadensersatzanspruch des Bestellers erheblich einschränkt, und von § 463, der einen solchen Schadensersatzanspruch in weiterem Umfang kennt; hier zeigt sich der kaufrechtliche Charakter des Geschäfts.

IV. Die andere Gruppe vertraglicher Mängelbeseitigungspflichten umfaßt diejenigen Abreden, *bei welchen zur Zeit des Vertragsschlusses das Vorhandensein des Mangels noch nicht feststeht*. Meistens wird in diesen Fällen auch eine *Garantiefrist* vereinbart, innerhalb deren sich ein Mangel zeigen muß, wenn er unter den Herstellungsanspruch des Käufers fallen soll. Schollmeyer behandelt diese Abreden nicht, aber sie sind im Leben überaus häufig, ja gerade bei ihnen gebraucht der Verkehr mit Vorliebe den Ausdruck „Garantie" (für die Annahme eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers im Fall der Vereinbarung einer Garantiefrist auch Bucerius S. 745, 747). Derartige Garantieabreden kommen besonders vor beim Handel mit Maschinen, Uhren, Möbeln, Klavieren, Fahrrädern (vgl. Staudinger Anm. IV 13 zu § 459, Karlsruhe ROLG. 2, 477, KG. ROLG. 19, 391, OLG. Colmar LeipzZ. 08, 623, Meyer Recht 03, 76 (mit bedenklichen Bemerkungen über die angeblich gegen den Garantierenden bestehenden Vermutungen, daß er Mängel zu vertreten habe); eine größere Anzahl von Beispielen bei Bucerius; daselbst S. 740 Note 1 auch weitere Ent-

scheidungen). Die Literatur und die Rechtsprechung haben vor allem die Frage behandelt, wie es sich hier mit der Verjährung der Mängelansprüche verhält, wenn eine Garantiefrist vereinbart ist, eine Frage, die für diese Arbeit nicht interessiert (vgl. über sie Bucerius, bes. S. 743 ff., Staub Anm. 193, auch 190 zu § 377, Düringer-Hachenburg S. 160, Staudinger Anm. 3 a zu § 477; RG. 65, 119; 37, 79, JW. 1910, 117 Nr. 26, Gruchot 53, 81; auch OLG. Stuttgart Recht 09 Beil. Nr. 2796, OLG. Hamburg SeuffA. 62, 17; über die Verjährung der Mängelansprüche bei einer allgemein gehaltenen Garantieerklärung ohne Bestimmung einer Garantiefrist Celle ROLG. 17, 387).

Der Mangel kann in solchen Fällen ein schon kraft Gesetzes zu vertretender Fehler sein, ohne daß seine Abwesenheit zugesichert würde; dies wird trotz des Ausdrucks „Garantie" nicht selten bei allgemein lautenden Garantieerklärungen anzunehmen sein, die einen bestimmten Mangel nicht erwähnen, so etwa wenn einfach erklärt wird: „Ich leiste für die Uhr ein Jahr Garantie" (vgl. Bucerius S. 746, 752). Ebenso kann die Haftung für das Vorhandensein eines besonderen Vorzugs übernommen sein, dessen Herstellung, wenn er fehlen sollte, versprochen wird. Auch der Fall ist denkbar, daß die Herstellungspflicht ohne Gewährleistungspflicht übernommen wird, insbesondere auch, daß die an sich kraft Gesetzes gegebene Gewährleistungspflicht gemäß § 476 durch die Herstellungspflicht ersetzt wird.

In den meisten Fällen aber wird die „Garantie" in dem Sinn zu verstehen sein, daß die Abwesenheit des Mangels zugesichert wird (so auch Bucerius S. 748/9 für den Fall, daß bestimmte Eigenschaften bezeichnet werden oder daß für eine Mehrheit von bestimmten Eigenschaften garantiert wird, die zusammen einen gewissen Erfolg ergeben, z. B. die Überwindung gewisser Wegesteigungen mit dem Automobil). Beispielsweise wird im Fahrradhandel für die Erstklassigkeit oder Fehlerfreiheit von Material und Arbeit Garantie geleistet und versprochen, Mängel innerhalb eines Jahres unentgeltlich zu beseitigen, oder die erforderlichen Ersatzteile zu liefern. Hier liegt im Falle der Zusicherung der Erstklassigkeit eine extensiv und intensiv wirkende Zusicherung vor: es wird die aus sorgfältigster Arbeit und aus ausgezeichnetem Material hervorgehende Beschaffenheit zugesichert. Im Fall der Garantie für Fehler-

freiheit ist eine nur intensiv wirkende Zusicherung anzunehmen, weil der Verkäufer ja ohnehin die Fehlerfreiheit zu vertreten hat. Sind diese Eigenschaften nicht vorhanden, so hat der Verkäufer die Pflicht, aber auch das Recht, die gelieferte Sache, soweit möglich, auszubessern. Die Erklärungen des Verkäufers, insbesondere die Garantiescheine, lauten oft so, als ob der Käufer auf das Verlangen der Nachbesserung beschränkt und ihm die Gewährleistungsansprüche versagt sein sollten; so etwa, wenn es heißt: „Für Fehlerfreiheit von Material und Arbeit leiste ich Garantie in der Art, daß ich Fehler, die sich innerhalb Jahresfrist nach Ablieferung zeigen, kostenlos beseitige" (vgl. auch die gegenüber der Elektrizitäts-Aktiengesellschaft übernommene Garantie bei RG. 65, 119); dennoch wird man hier, wie für die meisten hieher gehörigen Fälle, schon aus Billigkeitsrücksichten ebenso wie in den Fällen unter III die Konkurrenz der Gewährleistungsansprüche mit dem vertraglichen Mängelbeseitigungsanspruch annehmen müssen: der Käufer will und soll ja durch die Garantie nicht schlechter, sondern besser gestellt werden, als er ohne sie stünde. So auch Bucerius, Hamburg ROLG. 14, 23, OLG. Marienwerder SeuffA. 58, 133 (dieses Gericht freilich unter Außerachtlassung der zunächst bestehenden Mängelbeseitigungspflicht); gegen die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften anscheinend Karlsruhe ROLG. 2, 477, KG. ROLG. 19, 391).

Die vereinbarte Garantiefrist wird sich auch auf die Gewährleistungsansprüche beziehen, nicht bloß auf den Herstellungsanspruch; hieraus entsteht die oben berührte Streitfrage. Im übrigen kann auf das, was oben unter III über die eben erwähnte Konkurrenz, dann über die Erfüllungstheorie und die Analogie des Werkvertrags gesagt wurde, verwiesen werden. Nur das dort über den vertragsmäßigen Ausschluß des § 460 Ausgeführte ist hier gegenstandslos; denn der Mangel ist ja in unseren Fällen zur Zeit des Vertragsschlusses wenigstens dem Käufer unbekannt. Auch hier tritt das Nachbesserungsrecht des Verkäufers gegenüber dem Anspruch des Käufers auf Ersatz eines mittelbaren Schadens zurück. Man denke etwa an den Fall, daß der Rahmen eines unter Garantie für Erstklassigkeit von Material und Arbeit verkauften Fahrrads unter dem Käufer bricht und dieser sich bei dem Fall verletzt; hier kann der Käufer zweifellos Ersatz des ihm durch den Sturz zugehenden Schadens verlangen und braucht sich damit nicht abfinden

zu lassen, daß ihm an Stelle des gebrochenen Rahmens ein Ersatzteil geliefert wird.

V. Auch beim Gattungskauf sind derartige Abreden denkbar; etwa in der Art: falls sich nach Lieferung der Sache ein bestimmter behebbarer Mangel herausstellen sollte, soll der Verkäufer berechtigt und verpflichtet sein, ihm abzuhelfen. Doch werden Vereinbarungen dieser Art hier selten vorkommen und entziehen sich daher einer allgemeinen Besprechung. Regelmäßig wird dem Käufer das Recht gewahrt bleiben, die Sache zurückzuweisen, wenn er den Mangel bei der Ablieferung erkennt; dies ergibt sich als mutmaßlicher Parteiwille aus der Austauschbarkeit der Leistung im Fall des Gattungskaufs; insoweit wird also der Herstellungsanspruch hier im Gegensatz zu den bisher besprochenen Fällen des Spezieskaufs nicht primär sein.

VI. Im Allgemeinen kann nach dem Gesagten festgestellt werden: die atypische Zusicherung begründet einen primären Anspruch des Käufers auf Beseitigung des Mangels, auf Lieferung der fehlenden Eigenschaft, und insofern eine Erfüllungspflicht des Verkäufers, nicht bloß eine Gewährleistungspflicht; die letztere konkurriert nicht elektiv mit der Erfüllungspflicht, sondern tritt ihr regelmäßig subsidiär zur Seite. Damit steht diese Gestaltung in schroffem Gegensatz zu dem oben im § 9 III behandelten Fall, wo eine herstellbare Eigenschaft, die vorhanden sein müßte, nach dem Vertragsschluß weggefallen ist, oder wo ein behebbarer Fehler nach dem Vertragsschluß entstanden ist; in diesem Ausnahmefall sind die Gewährleistungsansprüche in elektiver Konkurrenz mit dem Erfüllungsanspruch gegeben.

Dritter Abschnitt.

§ 15. Zusammenfassung.

Die Zusicherung als dem Käufer gemachte Angabe des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache unterscheidet sich von der Anpreisung dadurch, daß sie ernstlich gemeint ist, von der Angabe dadurch, daß sie so bestimmt auftritt, daß die Schadensersatzfolge als dem mutmaßlichen Willen eines so Erklärenden bei Abgabe der Erklärung entsprechend angesehen werden durfte. Die Zusicherung muß vom Käufer vertragsmäßig angenommen sein; der Vertrag ist im Verhältnis zum Kaufvertrag als Nebenvertrag zu charakterisieren; Kausalität der Zusicherung für den Abschluß des Kaufvertrags durch den Käufer ist nicht zu verlangen. Inhaltlich begründet die Zusicherung beim Spezieskauf für die Regelfälle keine Erfüllungspflicht, sondern nur eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers, beim Gattungskauf erweitert sie regelmäßig seine Erfüllungspflicht dahin, daß er nur mit Sachen, die der Zusicherung entsprechen, erfüllen kann. Den Parteien steht es aber bei behebbaren Mängeln frei, mittels der atypischen Zusicherung auch für die Regelfälle beim Spezieskauf eine Erfüllungspflicht des Verkäufers zu vereinbaren; diese anomale Form der Zusicherung begründet beim Spezieskauf und beim Gattungskauf eine Herstellungspflicht, aber in der Regel auch ein Herstellungsrecht des Verkäufers. Stets enthält die Zusicherung den Tatbestand eines Garantievertrags. —